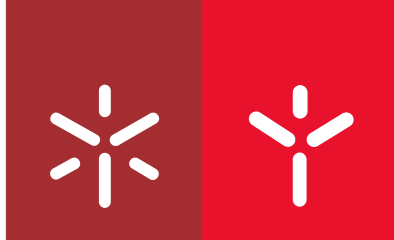


Universidade do Minho
Escola de Direito

Nuno Manuel Basto Silva Ferreira

A Locação Financeira Restitutiva



Universidade do Minho

Escola de Direito

Nuno Manuel Basto Silva Ferreira

A Locação Financeira Restitutiva

Dissertação de Mestrado
Mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa

Trabalho realizado sob a orientação do
Professor Doutor Fernando de Gravato Moraes

Abril de 2012

DECLARAÇÃO

Nome: Nuno Manuel Basto Silva Ferreira

Endereço eletrónico: nuno.manuel.ferreira@gmail.com

Telefone: 966477335

Número do Bilhete de Identidade: 13247883

Título dissertação: A Locação Financeira Restitutiva

Orientador: Professor Doutor Fernando de Gravato Morais

Ano de conclusão: 2012

Designação do Mestrado: Mestrado em Direito dos Contratos e da Empresa

É AUTORIZADA A REPRODUÇÃO INTEGRAL DESTA TESE APENAS PARA EFEITOS DE INVESTIGAÇÃO, MEDIANTE DECLARAÇÃO ESCRITA DO INTERESSADO, QUE A TAL SE COMPROMETE;

Universidade do Minho, ____/____/____

Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Ao Exmo. Senhor Professor Doutor Fernando de Gravato Morais por toda a disponibilidade demonstrada na orientação da presente dissertação.

Aos meus Pais e aos meus Irmãos pelas palavras de incentivo e pelo apoio prestado ao longo de todo o meu percurso académico.

À minha Avó.

Aos meus Amigos.

A LOCAÇÃO FINANCEIRA RESTITUTIVA

Com o presente estudo pretende-se analisar no seu todo o contrato de locação financeira restitutiva, contrato este que tem pouco impacto no nosso ordenamento jurídico. É uma figura algo imprecisa e obscura, mercê do desinteresse manifestado, quer pela doutrina, quer pela jurisprudência nacionais. Esta operação de crédito inicia-se com uma venda, seguindo-se a locação financeira: o proprietário de um bem vende-o a outrem que lho cede, de imediato, em locação financeira. Optamos por dividir a presente investigação em três partes.

Na primeira parte, procuraremos descobrir as origens da figura objeto do nosso estudo, bem como analisar a sua evolução ao longo dos tempos. Neste ponto, cumprirá ainda traçar uma sucinta panorâmica quanto ao estado atual da legislação existente respeitante à temática da locação financeira restitutiva. Proceder-se-á, nessa medida, a uma análise dos pontos abordados quer ao nível do ordenamento jurídico nacional, quer ao nível de alguns dos restantes ordenamentos jurídicos da União Europeia.

Feita esta primeira aproximação ao contrato de locação financeira restitutiva, centralizaremos o nosso estudo na caracterização da operação de *lease-back* e na sua compatibilidade com a proibição legal do pacto comissório. Tentaremos averiguar se o contrato de locação financeira de retorno é admissível à luz do nosso ordenamento jurídico. Também será feita uma referência aos sistemas jurídicos espanhol e italiano onde se coloca com igual acuidade este problema da compatibilidade do *lease-back* com a proibição do pacto comissório.

Na terceira parte da presente investigação, abordaremos o regime jurídico da locação financeira restitutiva, bem como a sua natureza jurídica. Algumas questões que são colocadas com carácter de habitualidade no âmbito de um contrato de locação financeira, também poderão ser suscitadas em sede de locação financeira restitutiva. Procuraremos ainda delimitar a natureza jurídica do contrato de *lease-back* através do seu confronto com figuras afins. O estudo da locação financeira restitutiva implicou ainda a análise de algumas questões de natureza processual.

SALE AND LEASE-BACK

As an introduction, the object of this study is to analyze the sale and lease-back agreement in its entirety, which has a little impact on our legal system. It is a figure somewhat vague and obscure, thanks to the indifference manifested by both the national doctrine and the jurisprudence. This credit operation starts with a sale, followed by the financial leasing: the owner of a well sell it to someone else that gives immediately to the former proprietor the same object in financial lease. We decided to split this investigation in three parts.

In the first part we try to figure out the origins of the figure object of our study, as well as analyze their evolution over time. In this respect, it is also necessary to delineate a brief overview about the current status of existing legislation relating to sale and lease-back. There is an analysis of the points addressed, both at the national legal system and some of the other jurisdictions of European Union.

Having made this first approach to the sale and lease-back agreement, we focus our study in the characterization of lease-back operation and in its compatibility with the legal prohibition of the binding pact. We try to determine if the sale and lease-back agreement is admissible under our law. There is also a reference to the Spanish and Italian legal systems where arises with equal acuity the problem of compatibility of the lease-back with the prohibition of the binding pact.

In the third part of this research, we discuss the legal framework of sale and lease-back agreement, as well as its legal status. Some questions that are usually asked in the course of a leasing contract, may also be raised in a sale and lease-back agreement. We aim also to define the legal status of sale and lease-back through the comparison with similar concepts. The study of sale and lease-back also comprises the analysis of a few questions of judicial nature.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	viii
INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO I – ORIGEM, EVOLUÇÃO E ENQUADRAMENTO LEGAL	12
1. ORIGEM E EVOLUÇÃO	12
2. ENQUADRAMENTO LEGAL.....	15
CAPÍTULO II – CARACTERIZAÇÃO DA OPERAÇÃO DE <i>LEASE-BACK</i> E A SUA COMPATIBILIDADE COM A PROIBIÇÃO DO PACTO COMISSÓRIO	22
1. CARACTERIZAÇÃO DA OPERAÇÃO DE <i>LEASE-BACK</i>	22
1.1. COMO MODALIDADE DO CONTRATO DE LOCAÇÃO FINANCEIRA.....	22
1.2. ADMISSIBILIDADE DO <i>LEASE-BACK</i>	27
1.2.1. A SITUAÇÃO EM PORTUGAL	29
2. A COMPATIBILIDADE DO <i>LEASE-BACK</i> COM A PROIBIÇÃO DO PACTO COMISSÓRIO	33
2.1. EM PORTUGAL	33
2.2. EM ORDENAMENTOS VIZINHOS	42
CAPÍTULO III – REGIME JURÍDICO DA LOCAÇÃO FINANCEIRA RESTITUTIVA.....	49
1. ESPECIFICIDADES DO SEU REGIME JURÍDICO	49
1.1. INDEMNIZAÇÕES DEVIDAS EM CASO DE INCUMPRIMENTO DE QUALQUER DAS PARTES	49
1.2. RISCO DE PERDA E RISCO DE DETERIORAÇÃO DA COISA	62
1.3. DIREITO DE ESCOLHA DO LOCATÁRIO NO TERMO DO PRAZO.....	64
1.4. PROVIDÊNCIA CAUTELAR DE ENTREGA JUDICIAL, EMBARGOS DE TERCEIRO E O REGIME DE INSOLVÊNCIA	66
CAPÍTULO IV – NATUREZA JURÍDICA.....	73
1. VENDA A RETRO.....	73
2. VENDA A PRESTAÇÕES COM RESERVA DE PROPRIEDADE	74
3. CONTRATO DE LOCAÇÃO	75
4. POSIÇÃO ADOPTADA.....	75

CONCLUSÕES.....	77
-----------------	----

ABREVIATURAS

Ac.	<i>Acórdão</i>
Art.	<i>Artigo</i>
Arts.	<i>Artigos</i>
CC	<i>Código Civil Português</i>
CC Es.	<i>Código Civil Espanhol</i>
CIRE	<i>Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas</i>
CPC	<i>Código de Processo Civil</i>
DL	<i>Decreto-Lei</i>
IRC	<i>Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas</i>
IVA	<i>Imposto sobre o Valor Acrescentado</i>
Ob. cit.	<i>Obra citada</i>
P.	<i>Página</i>
Pp.	<i>Páginas</i>
Ss.	<i>Seguintes</i>
STJ	<i>Supremo Tribunal de Justiça</i>
TRG	<i>Tribunal da Relação de Guimarães</i>
TRL	<i>Tribunal da Relação de Lisboa</i>
TRP	<i>Tribunal da Relação do Porto</i>
TS Es.	<i>Tribunal Supremo de Espanha</i>
Vol.	<i>Volume</i>
UNIDROIT	<i>Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado</i>

INTRODUÇÃO

A presente investigação tem por fito abordar uma temática que continua a ser sobremaneira ignorada, quer pela doutrina, quer pela jurisprudência nacionais: falamos da locação financeira restitutiva (ou *sale and lease-back*) – o proprietário de um bem vende-o a uma instituição de crédito, sendo que, em seguida, entre os mesmos contratantes é celebrado um contrato de locação financeira.

Na primeira parte da nossa investigação falaremos da origem desta figura negocial tão pouco abordada em Portugal, bem como da sua evolução. Também será feito um enquadramento legal do instituto em questão. Nesta parte do nosso estudo haverá direito a uma incursão pelos ordenamentos vizinhos, para tentarmos perceber como nasceu o *lease-back* e como ocorreu a sua evolução.

No nosso país são escassas as referências à locação financeira de retorno, sobretudo a nível jurisprudencial já que só são conhecidas duas decisões que se encontram apenas sumariadas.

A caracterização, estrutura e admissibilidade da locação financeira restitutiva ocupam igualmente parte da nossa investigação. Haverá lugar também a um confronto entre a tradicional locação financeira e a locação financeira restitutiva, na medida em que existem algumas particularidades que merecem ser recortadas, apesar da locação financeira restitutiva ser considerada uma modalidade da típica locação financeira. No ponto referente à admissibilidade da locação financeira de retorno teremos em atenção os argumentos jurídicos aduzidos por alguns autores franceses e suíços no sentido da inadmissibilidade do contrato de *lease-back*. Será igualmente dado destaque ao ponto de visto apresentado pelos autores nacionais.

Uma questão que nos colocará algumas dificuldades prende-se com a compatibilização do *lease-back* com a proibição do pacto comissório. O pacto comissório encontra-se previsto e regulado no art. 694º do CC. Nos termos da norma do art. 694º, “é nula, mesmo que seja anterior ou posterior à constituição da hipoteca, a convenção pela qual o credor fará sua a coisa onerada no caso de o devedor não cumprir”. Este artigo não é somente aplicável em sede de hipoteca, mas também em matéria de consignação de rendimentos (artigo 665º) e de penhor

(artigo 678º). Não restam dúvidas quanto à aplicabilidade da proibição legal às referidas garantias reais das obrigações.

No entanto, procurar-se-á saber se o preceito encontra também aplicação quanto a outras figuras que, de uma forma indireta ou acessória, prosseguem funções de garantia de um determinado crédito. Coloca-se pois, a questão de saber se a sanção da nulidade do pacto comissório, consagrada na norma do art. 694º do CC, pode igualmente ser aplicável fora das hipóteses expressamente consagradas na lei.

Sustenta-se que o contrato de locação financeira restitutiva serve para “mascarar” um empréstimo garantido por penhor ou hipoteca. Ou seja, o locatário não pretenderia obter o gozo do bem locado, mas sim autofinanciar-se, vendendo um bem como garantia do crédito concedido. Deste modo, esta modalidade de locação financeira aproximar-se-ia das tradicionais garantias reais consagradas no Código Civil.

Neste ponto da nossa investigação pretende-se averiguar se tal contrato de locação financeira de retorno se encontra abrangido pela proibição do pacto comissório. Coloca-se a questão de saber se o *lease-back* não servirá para prosseguir funções características das garantias reais, contornando deste modo a proibição legal do pacto comissório. Assumiremos posição sobre a admissibilidade do contrato de locação financeira restitutiva no ordenamento jurídico português, em face dos eventuais obstáculos colocados pela proibição legal do pacto comissório. Ainda será feita uma referência a sistemas jurídicos estrangeiros (em particular, os ordenamentos jurídicos espanhol e italiano) onde este problema da compatibilidade do *lease-back* com a proibição do pacto comissório assume igual importância.

O recurso à jurisprudência estrangeira, nomeadamente à jurisprudência dos tribunais italianos, revela-se essencial para a compreensão do problema, já que as decisões conhecidas ao nível da jurisprudência nacional, quer em sede de locação financeira restitutiva, quer em sede de pacto comissório, são poucas e esparsas.

Num ponto mais avançado do nosso estudo, será dado destaque ao regime jurídico do contrato de *sale and lease-back*. Dadas as semelhanças entre o contrato de locação financeira e o contrato de *lease-back*, será possível constatar que o regime jurídico do contrato de locação financeira é perfeitamente adequado a este último, com as necessárias adaptações. Tentaremos averiguar se serão devidas indemnizações pelo incumprimento de qualquer das partes no contrato de *lease-back*. A questão do risco de perda e de deterioração da coisa no contrato de locação financeira restitutiva, bem como a triplíce escolha do locatário no término do mesmo,

serão abordadas nesta fase da nossa investigação. Será igualmente analisada a providência cautelar de entrega judicial, prevista e regulada no art. 21º do DL nº 149/95. Outra questão que será alvo do nosso estudo, prende-se com a possibilidade de quer locador, quer locatário, poderem deduzir embargos de terceiro. Também abordaremos as consequências que advêm da declaração de insolvência, quer do locador, quer do locatário, no decorrer de um contrato de locação financeira restitutiva.

Por último, abordaremos a questão da natureza jurídica do contrato de locação financeira restitutiva. Este contrato deve ser delimitado de figuras afins. Falamos da venda a retro, da compra e venda a prestações com reserva de propriedade e do contrato de locação. Teremos oportunidade de assinalar que a locação financeira restitutiva não pode ser enquadrada em nenhuma das figuras acabadas de referir.

CAPÍTULO I

ORIGEM, EVOLUÇÃO E ENQUADRAMENTO LEGAL

Sumário: 1. Origem e evolução. 2. Enquadramento legal.

1. ORIGEM E EVOLUÇÃO

A locação financeira restitutiva (*sale and lease-back* ou simplesmente *lease-back*) surgiu nos Estados Unidos da América na primeira metade do séc. XX.

Alude-se como data marcante para o nascimento desta operação o ano de 1936, ano em que foi celebrado um contrato entre uma cadeia de supermercados californianos “*Safeway Stores Inc.*” e um grupo de investidores privados. Através do mesmo, aquela sociedade vendeu um dos seus supermercados ao referido grupo de investidores, que por sua vez lho cedeu de imediato, em *leasing*, a longo prazo. Com efeito, a primeira aplicação característica da locação financeira destinada a reproduzir-se assumiu a forma de *lease-back*¹, isto sem prejuízo de operações de locação financeira terem sido praticadas desde o tempo dos Sumérios.

Por volta da mesma altura, foi vendido um armazém a um banco que atuava como “*trustee*” de investidores, e que cedeu o imóvel ao vendedor em regime de “*lease*”. No ano de 1945, seis armazéns da “*Allied Stores Corporation*” foram objeto de um contrato de *lease-back*. Desde então, passou a ser prática corrente o uso da locação financeira restitutiva nos Estados Unidos da América². Em 1952, foi constituída a primeira sociedade com o propósito de praticar o *leasing* – a *United States Corporation*.

Segundo Diogo Leite de Campos, “a locação financeira restitutiva não é uma modalidade tardia e tecnicamente sofisticada da locação financeira”, na medida em que “constitui a sua

1 DIOGO LEITE DE CAMPOS, “Nota sobre a admissibilidade da locação financeira restitutiva («*lease-back*») no direito português”, in *Revista da Ordem dos advogados*, ano 42, Lisboa, 1982, p. 776.

2 DIOGO LEITE DE CAMPOS, “Ensaio de análise tipológica do contrato de locação financeira”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1987, pp. 1 e ss..

forma mais antiga, a que está na origem do instituto...”³. Podemos afirmar, assim, que esta operação precedeu a tradicional locação financeira como forma de financiamento, ou seja, os primeiros contratos de *leasing* celebrados foram contratos de *lease-back*.

Infra procederemos à destrição entre a locação financeira tradicional e a locação financeira restitutiva, bem como à caracterização do *lease-back*, tendo em devida conta a sua estrutura, a sua função e as suas virtudes.

Originariamente surgida nos Estados Unidos, esta operação acabou naturalmente por alastrar-se um pouco por toda a Europa, com especial destaque no Reino Unido, na França e na Alemanha.

No Reino Unido⁴, o *lease-back* precedeu o *financial lease*, sendo que nos dias de hoje a locação financeira restitutiva ainda assume um papel relevante no domínio da locação financeira imobiliária. Também podemos desde já adiantar que na estrutura do *leasing* anglo-saxónico não é característica a opção de compra da coisa pelo utente no final do contrato.

Mercê da experiência anglo-saxónica, a Alemanha e a França conheceram quase em simultâneo as várias modalidades de locação financeira, mormente a de *lease-back*. Na Alemanha, uma central elétrica foi vendida no ano de 1974 por um avultado valor e cedida em locação financeira ao seu anterior proprietário, no que constituiu uma das mais avultadas operações de locação financeira ocorridas até então no continente europeu⁵. Itália e Espanha foram os países que se seguiram no uso deste novo meio de financiamento.

3 *Idem*, p. 13. De acordo com MATILDE PACHECO CAÑETE, “se suele señalar como hito histórico el año 1936, en el que por primera vez se utiliza con fines financieros el lease, una figura clásica del common law que atribuye temporalmente y con exclusividad el pleno goce de un bien al usuario”. Prossegue a mesma autora afirmando que “este procedimiento fue conocido con la expresión “sale and lease back” y alcanzó su mayor difusión por la crisis económica y la necesidad de reconversión que siguió a la Segunda Guerra Mundial, donde la industria de posguerra necesitaba de fondos para reanudar su actividad, llevar a cabo su reconversión y hacer frente a la fuerte demanda de productos” – MATILDE PACHECO CAÑETE, *El contrato de lease-back*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., 2004, pp. 12-13.

4 JANET ULPH, referindo-se às virtualidades e às dificuldades suscitadas pelos *sale and lease-back* agreements no direito anglo-saxónico, afirma que “an interesting aspect of the decision relates to the use of sale and leaseback arrangements as a form of secured lending. These agreements have always been vulnerable to attack by creditors in a company’s insolvency: if it can be shown that an agreement is in substance a disguised mortgage to secure a loan then it is unenforceable unless it has been registered. It is a question of looking at the parties’ intentions and the contractual terms to decide whether the sale was genuine or not (...). A sale and leaseback agreement is a useful method by which an ailing trader can obtain a quick injection of capital to keep a business going” – *Sale and Lease-Back Agreements in a World of Title Relativity: Michael Gerson (Leasing) v Wilkinson and State Securities Ltd*, in *The Modern Law Review*, vol. 64, n° 3, Blackwell Publishers, May 2001, pp. 487-488.

5 ISABEL ANDRADE DE MATOS, *O Pacto Comissório: Contributo para o estudo do âmbito da sua proteção*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 201.

Em Portugal, a temática do *lease-back*⁶ não tem merecido a devida atenção, quer por parte da doutrina, quer por parte da jurisprudência nacionais. Ana Filipa Morais Antunes afirma que “o contrato de locação financeira repositiva (*sale and lease-back* ou *lease-back*) é, ainda hoje, uma figura envolta em alguma imprecisão e vacuidade...”⁷. De facto, foram poucos os autores que se debruçaram sobre o *lease-back*⁸, razão pela qual esta temática não se encontra devidamente explicitada. Acresce que as decisões dos nossos tribunais sobre a locação financeira repositiva são escassas e encontram-se apenas sumariadas⁹. Os poucos acórdãos limitam-se a enunciar uma noção de locação financeira repositiva, qualificando-a como uma modalidade do contrato de locação financeira.

Se no plano doutrinário e judicial a produção é escassa, no plano legislativo constata-se que o contrato de locação financeira de retorno é uma espécie negocial do género locação

6 No nosso país a expressão *sale and lease-back*, de origem norte-americana e inglesa, foi traduzida para locação financeira repositiva e usada por DIOGO LEITE DE CAMPOS, “Nota sobre a admissibilidade da locação financeira repositiva (*«lease-back»*) no direito português”, *ob. cit.*, pp. 775-793. Já CALVÃO DA SILVA emprega a expressão “venda com locação financeira de retorno”, “Locação financeira e garantia bancária”, in *Estudos de Direito Comercial (Pareceres)*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 12, nota 3.

7 *O contrato de locação financeira repositiva: do diálogo difícil com a proibição legal do pacto comissório*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2008, p. 17.

8 Encontramos os estudos de MOITINHO DE ALMEIDA, “A Locação Financeira (*leasing*)”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 231, 1973, pp. 9-10; ORLANDO GOMES e JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Direito Económico*, S. Paulo, Saraiva Editora, 1977; DIOGO LEITE DE CAMPOS, “Nota sobre a admissibilidade da locação financeira repositiva (*«lease-back»*) no Direito Português”, *ob. cit.*; “O *sale and lease-back*: estrutura e função”, in *Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Mário da Silva Pereira*, Rio de Janeiro, 1984; “Ensaio de análise tipológica do contrato de locação financeira”, *ob. cit.*; e *A locação financeira*, Lisboa, Lex, 1994; DUARTE VIEIRA PESTANA DE VASCONCELOS, “A locação financeira”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 45, Lisboa, 1985, pp. 263-287; JOÃO CALVÃO DA SILVA, “Locação financeira e garantia bancária”, *ob. cit.*; RUI PINTO DUARTE, *Escritos sobre Leasing e Factoring*, Cascais, Principia, 2001; JOÃO PAULO FERNANDES REMÉDIO MARQUES, “Locação financeira repositiva (*sale and lease-back*) e a proibição dos pactos comissórios – negócio fiduciário, mútuo e ação executiva”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 77, 2001, pp. 575-632; PEDRO ROMANO MARTINEZ e PEDRO FUZETA DA PONTE, *Garantias de cumprimento*, Coimbra, Almedina, 2002; ISABEL ANDRADE DE MATOS, *O Pacto Comissório: Contributo para o estudo do âmbito da sua proteção*, *ob. cit.*, pp. 194-210; LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *A cessão de créditos em garantia e a insolvência/ Em particular da posição do cessionário na insolvência do cedente*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 272-297; e *Direito das Garantias*, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 443-450; ANA FILIPA MORAIS ANTUNES – *O contrato de locação financeira repositiva: do diálogo difícil com a proibição legal do pacto comissório*, *ob. cit.*; MENEZES LEITÃO, *Garantias das obrigações*, Coimbra, Almedina, 2008 (2ª edição), pp. 280-282; e FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Manual da locação financeira*, Coimbra, Almedina, 2011 (2ª edição).

9 Encontramos o Ac. do STJ, de 28 de Outubro de 1999 (relator: DIONÍSIO CORREIA) e o Ac. do TRL, de 18 de Março de 1999 (relator: LOUREIRO DA FONSECA). O STJ estabelece que “na locação financeira, na modalidade de *lease back* ou de locação financeira repositiva (*sale and lease back*), o bem móvel ou imóvel é adquirido pela sociedade de locação, em vez de ser o utente (locatário) do bem a obter daquela, um bem móvel ou imóvel que ela adquiriu ou mandou construir a terceiro”. Ainda neste mesmo acórdão, conclui-se que “na locação em *lease back* o devedor transfere para o credor a propriedade de um bem a título de garantia do crédito obtido”.

Na segunda decisão afirma-se que “quer o locador, quer o locatário podem fornecer os bens locados”, sendo que “a locação financeira não é só a modalidade em que o utente obtém, em locação financeira, um bem móvel ou imóvel adquirido pela sociedade de locação financeira a um terceiro, ou mandado construir por ela mesma”, mas também aquela em que “o bem, móvel ou imóvel, pode ser adquirido pela sociedade de locação financeira ao utente”. O TRL adianta ainda que “esta modalidade, denominada “*sale and lease back*” nos países anglo-saxónicos (“locação financeira repositiva”), tem grande importância prática”. Ambos os acórdãos encontram-se disponíveis no site www.dgsi.pt.

financeira sem consagração normativa no direito português. A tradicional locação financeira, ainda desconhecida entre nós na década de 60 do séc. XX, teve direito a regulamentação através do Decreto-Lei n° 135/79, de 18 de Maio que dispunha acerca das sociedades de locação financeira e do Decreto-Lei n° 171/79, de 6 de Junho que estabelecia o regime jurídico da locação financeira. A partir de 1980, o instituto em causa impôs-se definitivamente no nosso país através do rápido florescimento de sociedades de locação financeira e da expansão da atividade em questão.

Uma vez que o nosso trabalho versa sobre a locação financeira restitutiva, nada obsta a que mencionemos o regime jurídico da locação financeira ordinária¹⁰, apesar de já termos referido que o *lease-back* precedeu temporalmente a locação financeira, quer nos Estados Unidos da América, quer no Reino Unido¹¹. Além disso, o atual diploma que rege o contrato de locação financeira no nosso país (Decreto-Lei n° 149/95, de 24 de Junho), não admite, nem proíbe expressamente a celebração de contratos de locação financeira restitutiva.

2. ENQUADRAMENTO LEGAL

Cumprе traçar uma sucinta panorâmica quanto ao estado atual da legislação existente, sendo que num primeiro momento incidiremos a nossa análise nos ordenamentos vizinhos para posteriormente abordarmos o caso português.

Na larga maioria dos países da União Europeia não existe uma disciplina jurídica completa relativa à locação financeira, mas tão só normas esparsas e avulsas.

O primeiro país a legislar esta figura, isto é, a admitir de forma expressa o contrato de *leasing* foi a França, através da Lei 66-455, de 2 de Julho de 1966, "*relative aux entreprises pratiquant le crédit-bail*", que se refere tanto ao *leasing* mobiliário como ao imobiliário. Em França o instituto é conhecido por *crédit-bail*, mas podemos encontrar outras designações tais como *location-vente* ou *location-financement*.

10 MATILDE PACHECO CAÑETE, *El contrato de lease-back*, ob. cit., p. 28. A autora, ao caracterizar o *lease-back* como uma modalidade do contrato de *leasing*, considerou conveniente expor o regime jurídico do *leasing*. No nosso estudo, optaremos por seguir também esta via.

11 Mais à frente, poderemos observar que o regime jurídico aplicável à tradicional locação financeira é igualmente aplicável ao *lease-back*, embora com algumas nuances. Não restarão dúvidas quanto à admissibilidade da locação financeira restitutiva no nosso ordenamento jurídico.

Um ano mais tarde, é promulgado o Despacho 67-837, de 28 de Setembro de 1967, *“relative aux opérations de crédit-bail et aux sociétés immobilières pour le commerce et l’industrie”*, que demarca a regulação do *leasing* mobiliário da do imobiliário¹². Em 1972, surge o Decreto 72-455, de 4 de Julho de 1972, que dispõe acerca da publicidade das operações de *crédit-bail* mobiliário e imobiliário¹³.

Até ao ano de 1973, o *lease-back* tinha sido perfeitamente ignorado em território francês, não existindo qualquer tradução nem definição legislativa que o especificasse.

Contudo, tudo alterou-se com o Decreto de 29 *novembre* de 1973, relativo à terminologia económica e financeira, que adotou a expressão *cession-bail* como tradução da locução *(sale and) lease-back* de origem norte-americana e inglesa e a definiu como *“la technique de crédit dans laquelle l'emprunteur transfère au prêteur, dès le départ, la propriété d'un bien que l'emprunteur rachète progressivement, suivant une formule de location assortie d'une promesse unilatérale de vente”*¹⁴. Neste país, o *lease-back* vem assumindo um importante relevo económico, na medida em que é utilizado sobretudo para mobilizar os capitais investidos em escritórios¹⁵.

Não satisfeito com a definição encontrada, Gilbert Parleani define o *lease-back* de um ponto de vista económico e financeiro *“comme l'opération qui consiste, pour une entreprise ayant pour une raison quelconque besoin de capitaux liquides, à céder à une société de crédit-bail un de ses biens immobilisés au bilan moyennant paiement immédiat de sa valeur, et à le louer aussitôt à cette société par un contrat analogue à un contrat de leasing ordinaire”*¹⁶.

No ordenamento jurídico belga, encontramos o Decreto Real de 10 *novembre* de 1967 que regula o *leasing* financeiro mobiliário. Este diploma caracteriza, no art. 1.º, a *location-financement*, definindo-se nas restantes disposições o exercício da atividade pelo locador. Posteriormente, tal diploma foi alterado pela Lei de 11 de Fevereiro de 1994, que transpôs a segunda diretiva bancária para o direito belga¹⁷.

Por sua vez, na Alemanha, o panorama não é mais animador pois continua a ser escassa a produção legislativa, um pouco à imagem do que passa nos ordenamentos francês e

12 MATILDE PACHECO CAÑETE, *El contrato de lease-back*, ob. cit., p. 13.

13 FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Manual da locação financeira*, ob. cit., p. 19.

14 GILBERT PARLEANI, “Le contrat de lease-back”, in *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 1973, p. 700.

15 DIOGO LEITE DE CAMPOS, “Nota sobre a admissibilidade da locação financeira restitutiva («lease-back») no direito português”, ob. cit., p. 777.

16 “Le contrat de lease-back”, ob. cit., pp. 700-701.

17 FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Manual da locação financeira*, ob. cit., p. 20.

belga supra mencionados. No entanto, não podemos deixar de ter em conta que neste país a locação financeira repositiva teve bastante adesão pelo facto de a lei fiscal ter autorizado as empresas a reinvestir, num determinado prazo, com isenção de imposto, as reservas realizadas através de uma venda¹⁸. Esta operação de crédito conheceu um grande crescimento após o término da segunda Guerra Mundial.

Prosseguindo, em Itália, o contrato de *leasing* carece de consagração normativa, mas dada a sua difusão na prática empresarial desde 1975, os costumes da Câmara de Comércio de Milão referem-se ao *leasing* financeiro mobiliário e imobiliário¹⁹. Apesar de não ter sido estabelecida uma disciplina específica sobre o *leasing* financeiro, podemos citar a Lei de 2 de Maio de 1976 que nos dá uma definição de locação financeira por via do seu art. 17º, nº 2: “*per operazione di locazione finanziaria si intendono le operazioni di locazione di beni mobili e immobili, acquistati o fatti costruire dal locatore su scelta e indicazione del conduttore, che ne assume tutti i rischi, e con facoltà per quest’ultimo di divenire proprietario dei beni locati al termine della locazione, dietro versamento di un prezzo prestabilito*”²⁰.

No que concerne ao *lease-back*, este não tem acolhimento legal expresso no ordenamento jurídico italiano, à semelhança do que sucede no direito português como teremos oportunidade de analisar. Acresce que também não existe uma disciplina específica sobre o contrato de *lease-back*.

A *locazione finanziaria di ritorno* ou *leasing di ritorno*²¹, aparece descrita no Decreto-Lei 8.3.91, nº 72 “*comme l’operazione nella quale il concedente mette a disposizione per un tempo determinato e verso un corrispettivo periodico un bene strumentale all’esercizio dell’attività dell’utilizzatore, che il concedente fa costruire o acquista, anche dallo stesso utilizzatore, che lo sceglie e ne assume tutti i rischi, anche di perimento, e che può acquistarne la proprietà alla scadenza del contratto con il pagamento di un prezzo prestabilito*”²². Nesta citação podem surpreender-se as definições de locação financeira e de locação financeira repositiva.

18 DIOGO LEITE DE CAMPOS, “Nota sobre a admissibilidade da locação financeira repositiva («*lease-back*») no direito português”, *ob. cit.*, p.777.

19 MATILDE PACHECO CAÑETE, *El contrato de lease-back*, *ob. cit.*, p. 13, nota 4.

20 ROSANNA DE NICTOLIS, “Nuove garanzie personali e reali: garantievertrag: fideiussione omnibus, lettere di patronage, sale-lease-back”, in «*Enciclopedia*», *Collana diretta da Paolo Cendon*, Padova, Cedam, 1998, p. 438.

21 ANGELO LUMINOSO, *Lease Back e Divieto del Patto Commissorio*, disponível em <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/5065.pdf>, p. 3 e NICOLÒ VISALLI, “La problematica del leasing finanziario come tipo contrattuale”, in *Rivista di Diritto Civile*, Parte II, 2000, p. 645.

22 ROSANNA DE NICTOLIS, *Nuove garanzie personali e reali*, *ob. cit.*, p. 439.

É de mencionar que o próprio Tribunal de Milão, a 13 de Junho de 1985, como que antecipando-se ao legislador, “definiu o contrato de *sale and lease-back* como aquele em que uma empresa comercial ou industrial vende um bem imóvel da sua propriedade a um empresário financeiro que exerce a atividade de *leasing* e lhe paga o preço correspondente, tornando-se proprietário do bem e cedendo-o, simultaneamente, em locação financeira, ao vendedor que ficará obrigado ao pagamento periódico de rendas durante um determinado período, com a faculdade de o readquirir, no termo do contrato e pelo preço estabelecido a título de valor residual”²³. Por fim, é de referir que a primeira decisão da *Corte di Cassazione* sobre *lease-back* deu-se no ano de 1995; tratou-se de uma sentença histórica no que diz respeito à relação que se pode estabelecer entre *lease-back* e proibição do pacto comissório.

Mais próximo de nós, em território espanhol, encontramos um conjunto de normas de natureza diversa sobre o *leasing*. Porém, a regulamentação também é fragmentária e dispersa, à semelhança do que se passa nos ordenamentos jurídicos europeus supra observados²⁴.

Concretizando, não existe uma disciplina específica sobre o contrato de *leasing* em Espanha, sendo que as referências ao *sale and lease-back* são muito escassas. No tocante à situação jurisprudencial, as perspectivas não são as melhores já que são conhecidas um número reduzido de sentenças, quer sobre arrendamiento financiero, quer sobre *leasing* de retorno ou *retroleasing*²⁵ (o Tribunal Supremo só se pronunciou em dez ocasiões sobre a figura do *lease-back*)²⁶.

De todo o modo, podemos encontrar em Espanha referências ao contrato de *leasing* no Decreto-Lei nº 15/1977, de 25 de Fevereiro, sobre Ordenação Económica, Medidas Fiscais, Financeiras e de Investimento Público, relativo ao *leasing* mobiliário. Em 1980 surge o Real Decreto 1669/1980, de 31 de Julho, que estende o âmbito de aplicação do *leasing* aos bens imóveis²⁷. O supra mencionado Decreto-Lei de 1977, veio a sofrer uma alteração por força da Lei 26/1988, de 29 de Julho, sobre Disciplina e Intervenção das Entidades de Crédito²⁸. Atualmente, a definição legal do contrato de *leasing* encontra-se plasmada na disposição adicional número

23 Sentença do Tribunal de Milão de 13 de Junho de 1985, *apud* ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, *O contrato de locação financeira substitutiva: do diálogo difícil com a proibição legal do pacto comissório*, *ob. cit.*, p. 77, nota 127.

24 FERNANDO DE GRAVATO DE MORAIS, *Manual da locação financeira*, *ob. cit.*, p. 21.

25 MATILDE PACHECO CAÑETE, *El contrato de lease-back*, *ob. cit.*, p. 11 e MARÍN LÓPEZ, “El arrendamiento financiero”, in *Tratado de los Derechos de Garantía*, Navarra, 2002, p. 1048.

26 MATILDE PACHECO CAÑETE, *El contrato de lease-back*, *ob. cit.*, pp. 9-10.

27 *Idem*, pp. 13-14, nota 4.

28 Esta Lei teve como efeito a derrogação do Título II do Real Decreto-Lei de 1977.

sete, parágrafo primeiro, da Lei 26/1988. Encontramos ainda a Lei 28/1998, de 13 de Julho, de venda de bens móveis a prestações, que se refere ao *leasing* ou *arrendamiento financiero* na sua disposição adicional número um e a Lei de Processo Civil que se refere igualmente ao contrato de *leasing*²⁹.

No que diz respeito ao *leasing* de retro, já o legislador espanhol se referia a este tipo de negociação no art. 26.3 da Lei 15/1977³⁰. Convém ainda mencionar o art. 142º da Lei de Medidas Fiscais, Administrativas e de Ordem Social, de 30 de Dezembro de 1996, que prevê a possibilidade de a Administração Estatal poder realizar contratos de *leasing* financeiro sobre bens imóveis previamente alienados pela própria Administração³¹. A admissibilidade do *lease-back* deriva do princípio da liberdade contratual contido no art. 1255º do CC espanhol³², sendo que ao considerar-se o *lease-back* como uma modalidade do *leasing* ordinário, terá necessariamente de se lhe aplicar a disposição adicional número sete contida na Lei 26/1988³³.

Portugal constitui, assim, uma exceção à generalidade dos ordenamentos jurídicos europeus por nós estudados, na medida em que existe uma disciplina específica sobre o contrato de locação financeira.

O primeiro diploma sobre a matéria surgiu no ano de 1979. Referimo-nos, claro está, ao Decreto-Lei nº 171/79, de 6 de Junho, que dispunha acerca do regime jurídico da locação financeira. Rui Pinto Duarte refere que o legislador consagrou a disciplina “certamente com referência às legislações anteriores, e antes do mais às belga e francesa, mas sobretudo com base na caracterização doutrinária, jurídica e económica, da figura”³⁴. Por sua vez, Diogo Leite de Campos afirmou que o modelo seguido foi, “quase traço por traço, o francês”³⁵. Desta forma, o contrato de locação financeira passou finalmente a ser aceite na nossa ordem jurídica³⁶.

29 FERNANDO DE GRAVATO DE MORAIS, *Manual da locação financeira*, ob. cit., p. 21.

30 MATILDE PACHECO CAÑETE, *El contrato de lease-back*, ob. cit., p. 33.

31 MARÍN LÓPEZ, “El arrendamiento financiero”, ob. cit., p. 1048. A Lei 13/1996, de 30 de Dezembro, no seu art. 142º, procedeu a uma alteração no art. 63º da Lei de Património do Estado (cujo texto articulado foi aprovado pelo Decreto 1022/1964, de 15 de Abril), através da inclusão de um novo parágrafo.

32 As decisões do TS Es. de 20 de Novembro de 1999 e de 22 de Junho de 2001 assim o comprovam – MARÍN LÓPEZ, “El arrendamiento financiero”, ob. cit., p. 1048.

33 MARÍA DEL CARMEN GARCIA GARNICA, *El régimen jurídico del leasing financiero inmobiliario en España*, Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 2001, p. 149.

34 RUI PINTO DUARTE, *Escritos sobre Leasing e Factoring*, ob. cit., p. 46.

35 “A locação financeira na ótica do utente”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 43, Lisboa, 1983, p. 320.

36 Na década de 60, CARLOS ALBERTO MOTA PINTO levou a cabo um estudo precursor sobre a locação financeira – “Uma nova modalidade jurídica de financiamento Industrial: o leasing”, in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano XII, nº 3, Julho-Setembro, 1965, pp. 103-110. De locação financeira falava já MOITINHO DE ALMEIDA no ano de 1973, embora a identificasse com a figura internacionalmente conhecida

Pode afirmar-se, após uma leitura atenta, que o nosso legislador traçou um regime bastante completo e amplo sobre o contrato de locação financeira. Em paralelo, consagrou-se igualmente um regime jurídico específico para as sociedades de locação financeira: referimo-nos ao Decreto-Lei n° 135/79, de 18 de Maio. Mais a mais, no ano de 1982 foi publicado um Aviso do Banco de Portugal acerca da contabilidade das sociedades de locação financeira. Ulteriormente, um novo quadro legal das sociedades de locação financeira foi introduzido por via do Decreto-Lei n° 103/86, de 19 de Maio. Encontramos ainda com o Decreto-Lei n° 10/91, de 9 de Janeiro, respeitante à locação financeira no domínio da habitação³⁷.

Dezasseis anos mais tarde, surge o Decreto-Lei n° 149/95, de 24 de Junho, que revogou o Decreto-Lei n° 171/79, de 6 de Junho, constituindo hoje em dia a sede legal do contrato de locação financeira. Contudo, o texto regulador do contrato de locação financeira foi significativamente alterado pelo Decreto-Lei n° 265/97, de 2 de Outubro (a forma, a publicidade do contrato e as obrigações do locatário foram algumas das matérias reformadas), diploma este que ainda teve como efeito a revogação do Decreto-Lei n° 10/91, de 9 de Janeiro. Com esta revogação, o legislador pretendeu integrar a disciplina da locação financeira de imóveis para habitação no regime geral, criando, deste modo, uma uniformização dos regimes.

Em 2001, foram introduzidas novas e relevantes modificações no regime jurídico do contrato de locação financeira por via do Decreto-Lei n° 285/2001, de 3 de Novembro, tendo sido, desta vez, revogadas as normas relativas às rendas e ao valor residual (art. 4°), à redução das rendas (art. 5°), à mora no pagamento das rendas (art. 16°) e à antecipação das rendas (art. 20°). O art. 6°, relativo ao prazo dos contratos de locação financeira, foi ainda alvo de uma alteração. Voltámos a assistir, mais tarde, a uma nova alteração no regime jurídico do contrato supra mencionado, por força do Decreto-Lei n° 30/2008, de 25 de Fevereiro, que implicou a alteração dos arts. 3°, 17° e 21°, respetivamente dirigidos à forma e publicidade do contrato, à resolução do contrato e à providência cautelar de entrega judicial.

Praticamente em simultâneo com o diploma de 1995, surge o terceiro regime aplicável às sociedades de locação financeira: o Decreto-Lei n° 72/95, de 15 de Abril, modificado apenas circunstancialmente pelo Decreto-Lei n° 285/2001, de 3 de Novembro e pelo Decreto-Lei n° 186/2002, de 21 de Agosto. O exercício da atividade de locação financeira foi ganhando a pouco e pouco expressão a partir dos anos 80 do séc. XX, expandindo-se gradualmente e de

sob o nome de *leasing* – “A Locação Financeira (leasing)”, *ob. cit.*, pp. 5-26. JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA e ORLANDO GOMES também já se referiam a esta figura em 1977 – *Direito Económico*, *ob. cit.*, pp.269-289.

37 FERNANDO DE GRAVATO DE MORAIS, *Manual da locação financeira*, *ob. cit.*, p. 21

forma consolidada a partir de 2001. Após todas estas alterações, o regime jurídico do contrato de locação financeira encontra-se mais simplificado, mercê da redução do número de normas (de trinta e uma no Decreto-Lei n.º 171/79, para apenas vinte e uma por força do Decreto-Lei n.º 285/2001 que revogou quatro preceitos presentes no Decreto-Lei n.º 149/95)³⁸.

Todavia, no que diz respeito ao *lease-back*, não existe uma disciplina jurídica que regule esta figura nos seus mais variados elementos. Apesar de ser um tema pouco debatido na doutrina portuguesa, já alguns autores se pronunciaram sobre a admissibilidade ou não do instituto em causa como teremos oportunidade de observar *infra*³⁹.

Contudo, mesmo antes de termos assistido à regulamentação do contrato de locação financeira, já Antunes Varela e Orlando Gomes esboçavam uma definição de *lease-back* nos seguintes termos: “dá-se o *lease-back*, quando uma empresa, proprietária de certos bens (imóveis ou móveis), os vende a uma instituição financiadora, para dela os tomar imediatamente em locação (nos termos próprios do *leasing*), mediante o pagamento duma prestação periódica”⁴⁰.

38 FERNANDO DE GRAVATO DE MORAIS, *Manual da locação financeira*, *ob. cit.*, p. 24.

39 Cfr. *infra* CAP. II, 1.2.

40 *Direito Económico*, *ob. cit.*, p. 274.

CAPÍTULO II

CARACTERIZAÇÃO DA OPERAÇÃO DE *LEASE-BACK* E A SUA COMPATIBILIDADE COM A PROIBIÇÃO DO PACTO COMISSÓRIO

Sumário: 1. Caracterização da operação de *lease-back*. 1.1. Como modalidade do contrato de locação financeira. 1.2. Admissibilidade do *lease-back*. 1.2.1. A situação em Portugal. 2. A compatibilidade do *lease-back* com a proibição do pacto comissório. 2.1. Em Portugal. 2.2. Em ordenamentos vizinhos.

1. CARACTERIZAÇÃO DA OPERAÇÃO DE *LEASE-BACK*

1.1. COMO MODALIDADE DO CONTRATO DE LOCAÇÃO FINANCEIRA

De acordo com o art. 1º do DL nº 149/95, de 24 de Junho, “locação financeira é o contrato pelo qual uma das partes se obriga, mediante retribuição, a ceder à outra o gozo temporário de uma coisa, adquirida ou construída por indicação desta, e que o locatário poderá comprar, decorrido o período acordado, por um preço determinado ou determinável mediante simples aplicação dos critérios nele fixados”.

Trata-se de um contrato bancário de crédito com um alcance a médio ou longo prazo. Num primeiro momento, o financiador adquire o bem a financiar ou manda construí-lo por sua conta ao fornecedor, seguindo as especificações indicadas pelo futuro utilizador, para num segundo momento colocá-lo à disposição do utente mediante um contrato de locação financeira. Note-se que na típica locação financeira o bem é do mutuante, mas tão-só a título de garantia, e já não com o intuito de assegurar o gozo desse mesmo bem.

É sabido que a locação financeira poderá trazer várias vantagens, tais como implicar uma redução do endividamento de empresas junto dos bancos, conferir a imediata disponibilidade do bem a quem ainda não despendeu a totalidade do valor do mesmo, constituir

uma forma de permitir um rápido acompanhamento do processo tecnológico e permitir às empresas uma melhor gestão no que diz respeito aos débitos a longo prazo⁴¹.

No entanto, tal operação poderá revelar-se demasiado onerosa para o locatário, na medida em que poderá ser-lhe exigido um elevado preço pelo pagamento das retribuições periódicas, em especial quando as taxas de juros são altas e pelo facto de não lhe ser concedido o direito de propriedade enquanto decorre o contrato. Convém referir que o efeito benéfico da operação de locação financeira poderá ficar seriamente comprometido caso a capacidade de endividamento libertada por esta operação não seja devidamente utilizada. O locador, naturalmente, pretende conceder um financiamento e garantir o retorno do seu investimento.

Por outro lado, a locação financeira restitutiva “é uma operação complexa de crédito pela qual o mutuário vende ao mutuante um bem móvel ou imóvel, adquirindo sucessivamente a sua fruição através de um contrato de locação financeira”⁴². Neste caso, o proprietário de um bem vende-o a uma sociedade de locação financeira, sendo que, em seguida, entre os mesmos contraentes é celebrado um contrato de locação financeira. O *lease-back* configura-se igualmente como uma verdadeira operação de crédito a médio ou longo prazo. A falta de disponibilidade financeira do proprietário primitivo surge, em princípio e de modo decisivo, como uma das alavancas para a conclusão deste negócio, sendo que o futuro locatário poderá readquirir o bem no termo do contrato de *lease-back*.

São pois, várias as vantagens que resultam da celebração de um contrato de locação financeira restitutiva: o vendedor, agora locatário, passa a dispor de uma soma avultada de dinheiro que pode usar na sua atividade, nomeadamente na aquisição de novos bens de produção, na prospeção de novos mercados, na investigação⁴³ e no financiamento de novos investimentos ou atividades de suporte do crescimento, como publicidade ou pesquisa, obtém liquidez a partir de um bem que existia já no seu património, sem perder a disponibilidade desse

41 PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Contratos Comerciais*, Cascais, Principia, 2001, p. 60. Podemos ainda encontrar importantes vantagens de ordem fiscal: por regra, os juros incluídos nas rendas são dedutíveis em sede de IRC, assim como as amortizações do bem locado, até ao limite legal, a abertura de crédito e os juros não estão sujeitos a imposto de selo, é permitido o registo integral da reintegração anual do bem, independentemente da altura do ano em que este é adquirido, desde que o seu início de utilização se realize no ano da reintegração e o IVA assume um menor impacto na tesouraria, uma vez que o seu pagamento se encontra repartido pela duração do contrato. A locação financeira ocupa um lugar central no sistema jurídico nacional e na vida económica do país.

42 DIOGO LEITE DE CAMPOS, “O sale and lease-back: estrutura e função”, *ob. cit.*, p. 32.

43 Neste sentido, DIOGO LEITE DE CAMPOS, “Ensaio de análise tipológica do contrato de locação financeira”, *ob. cit.*, p. 28. Caso a massa de liquidez obtida com a alienação do bem seja aplicada na investigação e na prospeção de mercados, o *lease-back* terá uma função paralela à do *financial lease*. A empresa locatária poderá também ter tido em vista um aumento da massa de amortização, bem como a libertação de fundos para capital circulante no momento em que celebrou o contrato de *lease-back*.

mesmo bem, e tem a oportunidade de relançar uma empresa sua que tenha passado por dificuldades financeiras⁴⁴, na medida em que não serão exigidos avultados investimentos, sendo somente necessário o pagamento de uma simples prestação de carácter fracionado.

Além disso, é de referir que este contrato só é proveitoso quando estamos diante de operações de montante considerável, pois os custos de negociação sendo já elevados, em regra geral, tendem a revelar-se demasiado altos em operações de valor reduzido⁴⁵.

Contudo, este negócio que vimos de analisar pode ser utilizado para outros fins. Tome-se, como exemplo, o caso de um comerciante ou fabricante, proprietário de vários bens, que os deseja alienar a uma instituição de crédito, para de seguida, esta lhe conceder o seu gozo com a possibilidade de o comerciante os sublocar (a empresa produtora coloca, desta forma, os bens à disposição da clientela através da locação)⁴⁶.

Deste modo, temos, simultaneamente, uma alienação e posterior celebração de um contrato de locação financeira com a possibilidade de sublocação. Através desta modalidade de locação financeira restitutiva, o comerciante ou a empresa utente poderá financiar o uso de um vasto número de objetos⁴⁷, bem como obter um elevado grau de equilíbrio entre os fluxos de receitas e de despesas. Ademais, esta modalidade de *lease-back* pode conduzir a um rápido desenvolvimento de empresas com capitais limitados e a uma boa planificação da produção.

Através das definições encontradas para a locação financeira e para o *sale and lease-back*, podemos notar que existem algumas diferenças entre estas duas operações. Passemos a enunciá-las:

(i) Na locação financeira, a sociedade locadora, concedendo um crédito, proporciona à entidade beneficiária um alívio da tesouraria indireto, na medida em que adquire um bem que a

44 MATILDE PACHECO CAÑETE refere que a operação de *sale and lease-back* foi decisiva no pós-segunda Guerra Mundial na medida em que permitia a uma empresa obter liquidez a partir de algo que já existia no seu património, sem perder a posse dos bens vendidos e evitando deste modo o recurso às vias de crédito tradicionais. Tratou-se de uma operação que permitiu relançar a economia mundial no final da segunda Grande Guerra – *El contrato de lease-back*, ob. cit., p.13. A mesma autora reitera ainda que a operação de *sale and lease-back* contribuiu para uma mudança de mentalidades dos empresários espanhóis, já que o mais importante não é a propriedade dos bens, mas sim a introdução de fórmulas alternativas (incluindo-se as operações de *leasing* e *lease-back*) que permitam obter a disponibilidade destes sem necessidade de um desembolso imediato de capital – *El contrato de lease-back*, ob. cit., p. 14. Veja-se ainda ROSANNA DE NICTOLIS, *Nuove garanzie personali e reali*, ob. cit., pp. 442-443 e MARÍN LÓPEZ, “El arrendamiento financiero”, ob. cit., p. 1049.

45 ROSANNA DE NICTOLIS, *Nuove garanzie personali e reali*, ob. cit., p. 443.

46 FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Manual da locação financeira*, ob. cit., p. 38 e DIOGO LEITE DE CAMPOS, *A locação financeira*, ob. cit., p. 117. Para este último autor, a mencionada variante da locação financeira restitutiva tem finalidades puramente comerciais: o comerciante (futuro locatário) deseja elevar o seu potencial de investimento através do financiamento concedido pela sociedade que lhe compra os bens e lhos cede de imediato em locação financeira.

47 FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Manual da locação financeira*, ob. cit., p. 38.

empresa locatária não teria possibilidades de adquirir, ou que não adquiriria para não se privar da liquidez de que teria necessidade para outros fins. Enquanto que na locação financeira restitutiva é concedido um alívio direto da tesouraria pois a sociedade de locação financeira adquire um bem que já pertencia às fileiras do beneficiário, permitindo a este último um aumento do volume da liquidez⁴⁸. Contudo, em caso algum se verifica um aumento absoluto do património da empresa locatária.

Em síntese, a locação financeira constituiria o financiamento de um investimento novo no momento da sua realização, ao passo que o *lease-back* substituiria um investimento já realizado, mobilizando capitais já investidos, tendo, conseqüentemente, como objeto, bens usados. Mas nem sempre será assim, tudo dependendo da situação concreta e da estratégia global da empresa.

(ii) Por outro lado, a locação financeira apresenta uma estrutura trilateral, onde são realizados dois contratos: o fornecedor celebra um contrato de compra e venda com o locador financeiro, e este por sua vez celebra um contrato de locação financeira com o utente. Temos, assim, a intervenção de um terceiro na operação de locação financeira tradicional.

De uma estrutura trilateral no contrato de locação financeira, passamos para uma estrutura bilateral na locação financeira restitutiva, na medida em que também são realizados dois contratos, mas agora entre os mesmos contraentes (estão em causa apenas duas pessoas): não temos a intervenção de um terceiro, concorrendo, isso sim, numa mesma pessoa, em simultâneo, as posições de locatário financeiro e de vendedor. Num primeiro momento, o vendedor (futuro locatário) aliena determinado bem a um comprador (futuro locador), sendo posteriormente celebrado um contrato de locação financeira entre estes mesmos dois sujeitos. O bem não chega sequer a sair da esfera jurídica do locatário.

Consequentemente, algumas das questões colocadas em sede de locação financeira não serão suscitadas nem analisadas de outra perspetiva no contrato de locação financeira restitutiva. Referimo-nos aos direitos do locatário financeiro perante o fornecedor em caso de

48 DIOGO LEITE DE CAMPOS, "O sale and lease-back: estrutura e função", *ob. cit.*, p. 40. "O «*Sale and lease-back*» aparece, diretamente, como uma operação caracteristicamente financeira, de fornecimento de fundos para a atividade da empresa. O «*leasing*» surgiu, pois, marcado por este carácter financeiro, sendo a coisa, ou mais precisamente, a sua titularidade pela entidade financeira, uma mera garantia real, o que permite que o financiamento corresponda a 100% do valor da coisa, ao contrário do que se passa nos financiamentos clássicos. O destino da coisa, uma vez findo o contrato, perde importância, por o financiamento – e o próprio valor da coisa – estar totalmente amortizado" – DIOGO LEITE DE CAMPOS, "Nota sobre a admissibilidade da locação financeira restitutiva («*lease-back*») no direito português", *ob. cit.*, p. 778. Este trecho mostra de forma clara que o contrato de locação financeira restitutiva prossegue essencialmente funções específicas de financiamento. Sobre a função primária de financiamento que o *sale and lease-back* visa prosseguir, veja-se ainda ROSANNA DE NICTOLIS, *Nuove garanzie personali e reali*, *ob. cit.*, pp. 447-449.

incumprimento deste, com expressão no art. 13º do DL nº 149/95. Esta modalidade de locação financeira envolve uma desapareição dos direitos do locatário perante o vendedor, que existem na locação financeira. Em princípio, e pelas mesmas razões, não haverá despesas de transporte da coisa, sua montagem e instalação, a cargo do locatário (o art. 14º do DL nº 149/95 contempla estes gastos que deverão ser assumidos pelo locatário na típica locação financeira).

Refira-se ainda que nem sequer é essencial que o locador seja uma empresa financeira. Inicialmente, só os bancos e as sociedades de locação financeira poderiam celebrar, na qualidade de locador, contratos de locação financeira, por força do art. 4º do DL nº 72/95. Atualmente, a situação é distinta devido à criação das instituições financeiras de crédito, através do Decreto-Lei nº 186/2002, diploma este que procedeu à revogação do art. 4º do DL nº 72/95. Estende-se deste modo o âmbito das entidades que podem praticar tais negócios. Estas entidades têm por objeto “a prática das operações permitidas aos bancos, com exceção da receção de depósitos” (art. 1º do DL nº 186/2002), podendo realizar com carácter de habitualidade contratos de locação financeira.

Apesar de tudo, não restam, pois, dúvidas no que concerne à caracterização do *lease-back* como uma das possíveis formas de locação financeira⁴⁹. Isto porque a característica da trilateralidade não é um requisito essencial do contrato de locação financeira, mas tão-só um elemento natural deste⁵⁰. Mais a mais, do ponto de vista estrutural, as duas operações têm fortes semelhanças. É que tanto o *lease-back*, como a locação financeira comum, têm por objeto conceder o gozo da coisa.

⁴⁹ A locação financeira pode assumir outros tipos, para além do visado no nosso estudo. Referimo-nos à locação financeira de bens objeto de restituição e à locação financeira de ações. Delas não cuidaremos aqui, visto não nos querermos afastar do tema central do nosso estudo. MATILDE PACHECO CAÑETE não tem dúvidas em qualificar o *lease-back* como uma das modalidades de locação financeira – *El contrato de lease-back*, ob. cit., pp. 24-28. MARÍA DEL CARMEN GARCIA GARNICA também não tem problemas em afirmar que o *lease-back* constitui uma modalidade da locação financeira – *El régimen jurídico del leasing financiero inmobiliario en España*, ob. cit., p. 149. Já MARÍN LÓPEZ não é da mesma opinião, discordando em absoluto da qualificação do *lease-back* como uma das possíveis formas de *leasing* – “El arrendamiento financiero”, ob. cit., p. 1050. CALVÃO DA SILVA tem um entendimento muito particular pois considera que faltando o requisito da trilateralidade presente na típica locação financeira, não poderemos falar de *lease-back* como sendo “*leasing* financeiro *sensu proprio*” – “Locação financeira e garantia bancária”, ob. cit., p. 12, nota 3. Deste modo, o autor em questão parece não concordar com a qualificação do *lease-back* como uma das modalidades de locação financeira. Opinião bem diferente tem FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, ao considerar sem margem para dúvidas o *lease-back* como uma das formas de locação financeira – *Manual da locação financeira*, ob. cit., p. 40.

⁵⁰ ALESSANDRO MUNARI refere que “apesar de faltar a trilateralidade, não falta o vínculo de destinação do valor mutuado pelo financiador: O importante é que este último seja destinado à aquisição de um bem especificamente indicado pelo locatário, não sendo decisiva a circunstância de que o bem seja fornecido pelo próprio utilizador” – “Il leasing finanziario nella teoria dei crediti di scopo”, in *Collana “Studi di diritto privato” della Facoltà di Giurisprudenza dell’Università degli studi di Milano*, Milano, Giuffrè Ed., 1989, p. 265. Ver ainda FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Manual da locação financeira*, ob. cit., p. 40.

Por fim, diga-se que a operação de *lease-back* não se limita apenas a ter como função a obtenção de uma dada soma em dinheiro. Como já tivemos ocasião de referir, o desembolso da importância é num caso entregue a um terceiro fornecedor (típica locação financeira), enquanto que no outro é entregue ao próprio locatário/vendedor (locação financeira restitutiva). Trata-se de uma pequena diferença que não terá qualquer interferência na classificação do *lease-back* como uma das modalidades típicas do contrato de locação financeira.

1.2. ADMISSIBILIDADE DO *LEASE-BACK*

Cumpra advertir que nem sempre foi pacífica a admissibilidade da locação financeira restitutiva, tanto em território nacional, como em ordenamentos vizinhos ao nosso. Vejamos, primeiro, a questão da admissibilidade da locação financeira restitutiva em territórios vizinhos, para posteriormente passarmos à análise do caso português.

No território francês, colocou-se em causa a admissibilidade da locação financeira restitutiva por força da decisão do Tribunal de Paris, datado de 16 de Outubro de 1971⁵¹. Nesta decisão procedeu-se a uma distinção entre *crédit-bail* e *cession-bail*: no primeiro caso, estaríamos diante de um crédito à compra de um bem determinado, enquanto que no segundo caso estaríamos na presença de um crédito puro e simples. A *cession-bail* não constituiria uma operação de *crédit-bail* segundo esta decisão jurisprudencial (o *crédit-bail* implicaria um crédito à compra do material locado, o que não se verificaria no *lease-back*).

Este critério de distinção não se afigura, a nosso ver, correto, na medida em que tanto num caso como no outro estão em causa, precisamente, dois contratos de crédito. Nesta sede, não importa aferir a quem foi adquirido o bem, se à empresa utente ou a um terceiro⁵². E como já tivemos oportunidade de referir, nada impede que a locação financeira verse sobre bens usados e que, por outro lado, a locação financeira restitutiva tenha por objeto bens novos, acabados de adquirir pela empresa utente.

⁵¹ Na doutrina francesa sustentava-se que a operação de *cession-bail* disfarçava um empréstimo garantido com penhor ou hipoteca. No fundo, argumentava-se que na locação financeira a empresa locatária apenas pretenderia obter o uso de um certo bem, enquanto que na denominada *cession-bail*, a empresa já disporia do bem e procuraria fundos, servindo o bem de garantia. Deste modo, a *cession-bail* seria excluída da consagração legal da locação financeira – DIOGO LEITE DE CAMPOS, “Nota sobre a admissibilidade da locação financeira restitutiva («*lease-back*») no direito português”, *ob. cit.*, pp. 786-787.

⁵² *Idem*, p. 787.

Dissipam-se, assim, quaisquer dúvidas quanto à admissibilidade da locação financeira restitutiva em território gaulês. Convém, por fim, ainda realçar que o *lease-back* encontra consagração legal em França através do Decreto de 29 de Novembro de 1973, diploma este que consagra a expressão *cession-bail* em substituição do termo anglo-saxónico e a define em termos gerais como já tivemos ocasião de observar. De mencionar que a *cession-bail* é também aceite como uma forma de *crédit-bail* pela generalidade da doutrina francesa⁵³.

Prosseguindo para a vizinha Suíça, foi inicial e igualmente contestada a admissibilidade da locação financeira restitutiva, devendo-se tal facto à circunstância dos autores helvéticos entenderem que o *lease-back* mobiliário é impraticável nos quadros da legislação nacional⁵⁴. Isto porque segundo o art. 717º do CC suíço, uma transferência de propriedade não é oponível a terceiros quando o alienante retém a coisa a um título particular (tomemos como exemplo a locação) em vista, quer a lesar terceiros, quer a iludir as normas respeitantes ao penhor.

Ou seja, a venda do bem, pelo futuro locatário, à sociedade de locação financeira, visando a constituição de uma garantia real, estará submetida às normas que regulam o penhor. Deste modo, o *lease-back* iludiria o art. 884º do CC suíço. Este preceito, inserido em matéria de penhor, determina que o devedor deve ser desapossado da coisa. Ora, ficando o devedor na posse da coisa, a transferência da propriedade não é oponível a terceiros, nomeadamente aos credores do devedor. Sendo assim, o *lease-back* não produzirá os efeitos pretendidos pelas partes.

Esta teoria teve o seu mérito na medida em que parte de uma identificação indemonstrável entre *lease-back* e penhor⁵⁵. Contudo, não cabe aqui aprofundar esta teoria no contexto do direito suíço. A inexistência de um registo público apropriado para bens móveis poderá induzir em erro terceiros sobre a consistência do património do utente. É nesta inexistência que poderá residir a única justificação plausível para a teoria em discussão. No nosso país tal não se verifica, pois esta situação era resolvida através do art. 9º, nº 2 do DL nº 171/79, segundo o qual bastava a afixação de uma placa no bem indicando o seu proprietário.

Finalmente, a questão da admissibilidade do contrato de locação financeira restitutiva nos ordenamentos jurídicos espanhol e italiano é remetida para ulterior análise, designadamente aquando do estudo da compatibilidade do *lease-back* com a proibição do pacto comissório.

⁵³ Ver entre outros, GILBERT PARLEANI, "Le contrat de lease-back", *ob. cit.*, pp. 727-728.

⁵⁴ DIOGO LEITE DE CAMPOS, "O sale and lease-back: estrutura e função", *ob. cit.*, p. 44.

⁵⁵ *Idem*, p. 45.

1.2.1. A SITUAÇÃO EM PORTUGAL

A situação em Portugal não é, diga-se desde já em termos sintéticos, muito diferente. Como é sabido, é bastante debatida a questão da admissibilidade da locação financeira restitutiva. A este propósito, no panorama jurisprudencial, destaque-se que não nos foi possível encontrar uma única decisão dos tribunais nacionais, quer no sentido da validade da locação financeira restitutiva, quer no sentido da sua inadmissibilidade. Os únicos acórdãos referentes a este assunto⁵⁶ limitam-se a esboçar uma definição de locação financeira de retorno, qualificando-a como uma espécie negocial do género locação financeira.

A favor da tese da admissibilidade, podemos começar por afirmar que o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 171/79, que regulou o contrato de locação financeira até à sua revogação pelo Decreto-Lei n.º 149/95, em momento algum discriminou desfavoravelmente a locação financeira restitutiva. Isto porque expressões como “possibilidades de financiamento rápido”, “garantias que oferece” e “relançamento da economia nacional” pareciam comprovar a admissibilidade da locação financeira restitutiva e demais modalidades da locação financeira pura.

No mesmo sentido, no diploma de 1979, o contrato de locação financeira era definido como “o contrato pelo qual uma das partes se obriga, contra retribuição, a conceder à outra o gozo temporário de uma coisa, adquirida ou construída por indicação desta e que a mesma pode comprar, total ou parcialmente, num prazo convencionado, mediante o pagamento de um preço determinado ou determinável nos termos do próprio contrato” (art. 1.º do DL n.º 171/79). Dado o carácter amplo desta definição, não pareciam restar dúvidas quanto à admissibilidade do contrato de *lease-back*, já que, como é sabido, onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir.

Estas foram algumas das razões apontadas por Diogo Leite de Campos para sustentar a validade da locação financeira restitutiva⁵⁷. Acresce que quer o Decreto-Lei n.º 135/79, quer o

⁵⁶ Enunciados no CAP. I, § 1, nota 9.

⁵⁷ Cfr. “Nota sobre a admissibilidade da locação financeira restitutiva («*lease-back*») no direito português”, *ob. cit.*, pp. 790-793. DIOGO LEITE DE CAMPOS não vê razões para desconsiderar a locação financeira restitutiva, sustentando ainda que o então regime jurídico da locação financeira era perfeitamente adequado à locação financeira restitutiva, carecendo apenas de pequenas adequações (os direitos que a lei atribui ao locatário perante o fornecedor deviam ser considerados extintos por confusão na medida em que num mesmo sujeito se reúnem as qualidades de locatário financeiro e de fornecedor do bem locado). O mesmo autor ainda convoca o argumento de não existirem razões de política económica que entravam esta operação para afirmar a sua validade. Ao lado deste insigne autor encontramos CALVÃO DA SILVA e DUARTE PESTANA DE VASCONCELOS. CALVÃO DA SILVA afasta a possibilidade de nulidade da locação financeira restitutiva com base na proibição do pacto comissório (arts. 694.º, 665.º e 678.º do CC). Por um lado, afirma que na locação financeira restitutiva a transferência da propriedade para o comprador opera por mero efeito do contrato (arts. 408.º, n.º 1, 874.º e 879.º, al. a) do CC), enquanto que no pacto comissório

Decreto-Lei nº 171/79, não admitiram nem proibiram expressamente o *lease-back*. No entanto, com base nos indícios referidos não havia dúvidas quanto à praticabilidade e à validade da operação de locação financeira restitutiva. E como diz com acerto Diogo Leite de Campos, “bastaria a lei não excluir o *lease-back* para nós o podermos considerar permitido com base no princípio da liberdade contratual – se não houvesse, como não há, motivos para o afastar”⁵⁸.

a transmissão da propriedade opera no futuro, no momento da falta de pagamento da dívida no prazo fixado. Na locação financeira de retorno não se verifica a pré-existência de uma dívida, necessária à configuração do pacto comissório. Por outro lado, observa ainda que em face do pagamento integral das rendas, a venda não se resolve. Querendo adquirir a coisa, o locatário deverá exercer o direito de opção que lhe assiste. CALVÃO DA SILVA conclui assim que a venda não está sujeita a condição resolutiva (“Locação financeira e garantia bancária”, *ob. cit.*, pp. 12-13, nota 3). Ainda neste capítulo teremos oportunidade de analisar mais aprofundadamente a compatibilidade do *lease-back* com a proibição do pacto comissório.

Por seu turno, DUARTE PESTANA DE VASCONCELOS afirmava que “os argumentos utilizados administrativamente para impedir a realização de operações de *lease-back*, não poderão no entanto ser aceites” (“A locação financeira”, *ob. cit.*, p. 281). Os argumentos aduzidos pelas entidades competentes contra a admissibilidade da locação financeira restitutiva reconduziam-se a três: a operação de *lease-back* não estava especialmente prevista e autorizada, a noção legal de locação financeira não permitia a operação em questão e os capitais pagos pela sociedade locadora ao locatário não seriam aplicados na formação de capital de investimento, mas sim em esbanjamento próprio. Não lhe parecendo minimamente relevantes os argumentos apresentados pelas autoridades competentes, DUARTE PESTANA DE VASCONCELOS conclui que “por razões de ordem comparativa e de ordem interna, por identidade de regimes jurídicos e de relançamento económico, será de admitir a figura (do *lease-back*) como uma modalidade de locação financeira segundo o (então) DL nº 171/79” (“A locação financeira”, *ob. cit.*, p. 282).

MOITINHO DE ALMEIDA já defendia, em momento anterior à entrada em vigor do diploma de 1979, a admissibilidade do *lease-back*, embora aludisse a algumas limitações, na medida em que sustentava a sua submissão às normas sobre a venda a retro (“A Locação Financeira (leasing)”, *ob. cit.*, pp. 9-10). Também ANTUNES VARELA e ORLANDO GOMES já se referiam a esta figura em 1977 e pareciam defender a sua validade (*Direito Económico, ob. cit.*, p. 274).

Já RUI PINTO DUARTE começou por defender num primeiro momento a inadmissibilidade do *lease-back*, mas admite-o atualmente em face do quadro legal vigente. Este autor considerava que “no *lease-back* nenhum bem novo vem diretamente acrescer ao acervo daqueles que o locatário utiliza na sua atividade. Logo, pensamos que as sociedades de locação financeira não poderão praticar operações de *lease-back*” (*Escritos sobre Leasing e Factoring, ob. cit.*, p. 49). Ou seja, a locação financeira visava facilitar o investimento produtivo (preâmbulo do Decreto-Lei nº 135/79) pelo financiamento do equipamento ou reequipamento dos locatários, enquanto que no *lease-back* o acervo de bens utilizados pelo utente no exercício da sua atividade não era aumentado, pelo que não seria admissível o *lease-back*. O autor ainda convocou a decisão do Tribunal de Paris, anteriormente referida, para sustentar a tese da inadmissibilidade do *lease-back*. Conclui assim que “não sendo o *lease-back* uma locação financeira, nem estando compreendido nas operações referidas no art. 9º do DL nº 135/79, ele não poderá ser praticado pelas sociedades de locação financeira” (*Escritos sobre Leasing e Factoring, ob. cit.*, p. 50). No entanto, RUI PINTO DUARTE acabou por rever a sua posição e nos dias de hoje admite a validade da locação financeira restitutiva; reconhece que desapareceram do texto da lei (referindo-se ao Decreto-Lei nº 149/95) os elementos que o levaram a considerar que o *lease-back* não era permitido (*Escritos sobre Leasing e Factoring, ob. cit.*, p. 180).

LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS também não encontra motivos para desconsiderar a locação financeira restitutiva na medida em que, “se fosse intenção do legislador afastar a locação financeira restitutiva, que necessariamente já conhecia aquando da tipificação do contrato, do âmbito de aplicação do diploma, bastar-lhe-ia ter introduzido na noção, de acordo com a técnica legislativa adotada, uma outra nota: a aquisição do bem a dar em locação financeira a um terceiro” – *A cessão de créditos em garantia e a insolvência/ Em particular da posição do cessionário na insolvência do cedente, ob. cit.*, p. 287. O autor refere ainda que “a locação financeira restitutiva é igualmente uma figura típica aplicando-se-lhe diretamente as disposições legais correspondentes que estejam de acordo com a sua estrutura bilateral” – *A cessão de créditos em garantia e a insolvência/ Em particular da posição do cessionário na insolvência do cedente, ob. cit.*, p. 287.

⁵⁸ “Nota sobre a admissibilidade da locação financeira restitutiva («*lease-back*») no direito português”, *ob. cit.*, p. 791.

A locação financeira restitutiva estava assim consagrada no direito português por força dos arts. 1º e 3º do DL nº 171/79, do art. 1º, nº 2 do DL nº 135/79 e por ser tida como um “instrumento útil de relançamento da economia nacional”. Nos dias de hoje também não será descabido o recurso a esta figura dado o panorama atual de crise económica e financeira que atravessamos.

O atual diploma que rege o contrato de locação financeira (Decreto-Lei nº 149/95) continua a não se pronunciar expressamente sobre a admissibilidade do contrato de *lease-back*. No entanto, é viável a celebração de contratos de locação financeira restitutiva. Da leitura do art. 1º do diploma em questão, não resulta a proibição de que o bem que vai ser cedido em locação financeira seja adquirido ao futuro locatário; nada exclui que o locatário indique uma coisa do seu próprio património.

A característica da trilateralidade não constituirá, por si só, um elemento essencial do contrato de locação financeira, mas simplesmente um elemento natural deste. Assim sendo, constata-se que a admissibilidade da locação financeira restitutiva já não é posta em causa pela doutrina⁵⁹, visto que Rui Pinto Duarte presentemente defende a validade do *lease-back* depois de num primeiro momento ter recusado a sua admissibilidade. Juridicamente estamos, é certo, perante um contrato legalmente atípico, mas, consensualmente dotado de tipicidade social.

O mesmo se poderá dizer, assim o concluímos, da jurisprudência nacional que também não coloca em causa a validade da locação financeira restitutiva. Apesar de as nossas instâncias ainda não se terem pronunciado explicitamente sobre a admissibilidade do *lease-back*, a verdade é que os nossos tribunais já apreciaram alguns litígios entre partes que tinham celebrado um contrato de locação financeira restitutiva e em nenhum desses processos se pôs em causa a admissibilidade deste contrato⁶⁰ o que nos leva a inferir pelo seu reconhecimento jurisdicional.

59 Mais recentemente, quer FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, quer ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, se pronunciaram sobre a admissibilidade da locação financeira restitutiva, tendo ambos admitido a sua validade. O primeiro autor salienta a “indiscutível tipicidade social do negócio” e realça o “carácter amplo do diploma legal (Decreto-Lei nº 149/95)” – *Manual da locação financeira, ob. cit.*, p. 40. Já a autora em questão refere que “em face do regime jurídico do contrato de locação financeira, parece resultar que o conceito legal de locação financeira, definido pelo art. 1º do DL nº 149/95, de 24 de Junho, não é impeditivo da admissibilidade e validade jurídica do contrato de *sale and lease-back*, uma vez que a característica da trilateralidade não constituirá um elemento essencial do contrato” – *O contrato de locação financeira restitutiva: do diálogo difícil com a proibição legal do pacto comissório, ob. cit.*, p. 21.

60 No Ac. do STJ de 19 de Novembro de 2002 (relator: GARCIA MARQUES), não é colocada em causa a admissibilidade da locação financeira restitutiva. Mais recentemente, encontramos duas decisões do TRL de 9 de Junho de 2011 (relator: HENRIQUE ANTUNES) e 4 de Outubro de 2011 (relator: ANTÓNIO SANTOS) que não colocam igualmente em causa a validade do contrato de locação financeira restitutiva, ainda que de forma implícita. Estas decisões poderão ser consultadas no site www.dgsi.pt.

O Tribunal da Relação de Lisboa, no seu acórdão de 18 de Março de 1999, foi chamado a pronunciar-se sobre a qualificação de um contrato celebrado entre uma sociedade de locação financeira (a requerente) e uma sociedade de refrigerantes (a requerida). Neste caso levado a tribunal, “o fornecedor das máquinas em causa, foi a própria requerida que as vendeu à requerente”. A sociedade de locação financeira exigia que a fornecedora lhe entregasse os bens locados, tendo intentado para o efeito a providência cautelar de entrega judicial prevista no art. 21º do DL nº 149/95, de 24 de Junho. O tribunal entendeu que estava diante de um contrato de locação financeira restitutiva válido e eficaz. Não ficou provado que o contrato tinha sido simulado. Consequentemente, foi ordenada a restituição dos bens locados à sociedade de locação financeira. Sendo assim, a Relação de Lisboa acabou por mostrar-se favorável à admissibilidade do *lease-back*⁶¹.

Deste modo, o contrato de locação financeira restitutiva deverá ser admitido ao abrigo do princípio da liberdade contratual, previsto e regulado no art. 405º do CC. Aparentemente, não se vislumbram razões para discriminar desfavoravelmente a locação financeira restitutiva. Contudo, como refere Ana Filipa Morais Antunes, “tal não pode equivaler a uma adesão, pura e simples, por parte do nosso ordenamento jurídico, a essa modalidade de locação financeira”⁶².

É aqui que entra a questão da compatibilidade do *lease-back* com a proibição do pacto comissório que será analisada de seguida. Ana Filipa Morais Antunes considera que “o problema relativo ao *lease-back* não tem sido colocado nos termos devidos, ou seja, é necessário reequacionar a questão em termos de averiguar da respetiva admissibilidade em face de outros institutos consagrados pelo nosso ordenamento jurídico”⁶³. A autora está a referir-se, pois, ao preceito do Código Civil que consagra a proibição do pacto comissório. Com efeito, o recurso à operação de *lease-back* poderá acarretar alguns riscos, nomeadamente para os credores do alienante, uma vez que o *lease-back* poderá ser utilizado para os defraudar, constituindo uma garantia especial a favor de um só deles⁶⁴.

61 Ver ISABEL ANDRADE DE MATOS, *O Pacto Comissório: Contributo para o estudo do âmbito da sua proteção*, ob. cit., p. 204.

62 *O contrato de locação financeira restitutiva: do diálogo difícil com a proibição legal do pacto comissório*, ob. cit., p. 22. Para REMÉDIO MARQUES, “o nó górdio surpreendível em sede de locação financeira restitutiva posiciona-se, de facto, no que tange à admissibilidade destes contratos em face da proibição dos pactos comissórios” – “Locação financeira restitutiva (*sale and lease-back*) e a proibição dos pactos comissórios – negócio fiduciário, mútuo e ação executiva”, ob. cit., p. 595.

63 *O contrato de locação financeira restitutiva: do diálogo difícil com a proibição legal do pacto comissório*, ob. cit., p. 23.

64 DIOGO LEITE DE CAMPOS já tinha alertado para este perigo advindo da operação de *lease-back* – *A locação financeira*, ob. cit., p. 156. Deste modo, a operação de *lease-back* constituiria mais precisamente uma preferência atípica, fora do esquema tipificado na lei – art. 604º do CC.

2. A COMPATIBILIDADE DO *LEASE-BACK* COM A PROIBIÇÃO DO PACTO COMISSÓRIO

2.1. EM PORTUGAL

A locação financeira restitutiva, como já tivemos oportunidade de referir, não tem consagração legal no ordenamento jurídico português. Contudo, esse facto não é impeditivo da sua admissibilidade já que o regime jurídico da locação financeira é perfeitamente aplicável ao contrato de locação financeira restitutiva. Esta operação prossegue, essencialmente, finalidades de financiamento (tem uma função primária de financiamento)⁶⁵, circunstância esta que tem sido alegada por alguma doutrina para contestar a admissibilidade da figura objeto do nosso estudo.

A referida corrente doutrinária contrária à admissibilidade da locação financeira restitutiva defende que este esquema negocial serviria para encobrir um empréstimo garantido por penhor ou hipoteca. Ou seja, o locatário não pretenderia obter o gozo do bem locado, mas sim autofinanciar-se, vendendo um bem da sua propriedade como garantia do crédito concedido. Deste modo, a operação de *lease-back* aproximar-se-ia das clássicas garantias reais (penhor, hipoteca, consignação de rendimentos), prossequindo a mesma finalidade destes negócios jurídicos, sem o inconveniente de se recorrer à venda judicial em caso de incumprimento⁶⁶.

65 Para PEDRO ROMANO MARTINEZ, a operação de *lease-back* permite “obter capital mobilizado em troca de capital imobilizado” – *Contratos Comerciais*, ob. cit., p. 60.

66 ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, *O contrato de locação financeira restitutiva: do diálogo difícil com a proibição legal do pacto comissório*, ob. cit., pp. 25-26. PEDRO ROMANO MARTINEZ e PEDRO FUZETA DA PONTE consideram que “a terceira modalidade da locação financeira referida (*lease-back*) representa uma alternativa à hipoteca, pois prossegue a mesma finalidade deste negócio jurídico, sem a desvantagem da venda judicial em caso de incumprimento. A vantagem deste tipo de garantia, que se pode considerar indireta, advém do facto de, em caso de incumprimento, o credor não ter de recorrer à venda em execução. Se o devedor não pagar as prestações em dívida, o credor pode resolver o contrato, com a consequente devolução do bem, podendo, depois, proceder a uma venda particular do mesmo” – *Garantias de cumprimento*, ob. cit., p. 198. Segundo MENEZES LEITÃO, “um caso em que a utilização da locação financeira como garantia aparece como mais visível é o da locação financeira restitutiva (*sale and lease-back*)” – *Garantias das obrigações*, ob. cit., p. 280. Para este autor, a locação financeira restitutiva corresponde a um financiamento em que a propriedade é transmitida como garantia. A utilização da propriedade como garantia verifica-se nos casos de reserva de propriedade, alienação fiduciária em garantia e locação financeira – *Garantias das obrigações*, ob. cit., p. 254. ISABEL ANDRADE DE MATOS coloca o contrato de *lease-back* no grupo das garantias reais atípicas – *O Pacto Comissório: Contributo para o estudo do âmbito da sua proteção*, ob. cit., pp. 161-162.

Ao prosseguir funções características das garantias reais, o contrato de locação financeira repositiva poderá estar funcionalizado a contornar a proibição legal do pacto comissório, configurando-se deste modo como um negócio em fraude à lei⁶⁷.

Julgamos conveniente fazer uma pequena incursão sobre a razão de ser da proibição do pacto comissório para, ulteriormente, determinarmos o seu âmbito de aplicação.

Como é sabido, o art. 694º do CC define o pacto comissório como “a convenção pela qual o credor fará sua a coisa onerada no caso de o devedor não cumprir”, estabelecendo ainda que tal convenção “é nula, mesmo que seja anterior ou posterior à constituição da hipoteca”. A proibição do pacto comissório encontra-se consagrada no Código Civil, no capítulo dedicado às garantias especiais das obrigações e integrada no seio das disposições gerais do regime da hipoteca, aplicando-se ainda em sede de consignação de rendimentos (art. 665º) e de penhor (art. 678º).

A existência deste instituto, cujas origens remontam ao direito romano⁶⁸, “justificava-se pela necessidade de tutela do devedor, visando prevenir eventuais abusos por parte do credor e evitando que este se apropriasse de um bem muito mais valioso do que o montante do crédito”⁶⁹. Era este o entendimento perfilhado aquando da feitura do anteprojeto do Código Civil sobre garantias das obrigações.

A proibição legal do pacto comissório atuaria sempre nos casos em que se verificasse existir um nexo de causalidade entre a situação de incumprimento pelo devedor e o momento da

67 Refira-se que esta questão da proibição do pacto comissório não se coloca somente nos casos em que estamos diante de um contrato de *lease-back*, colocando-se com igual acuidade quanto a outros negócios jurídicos, como a venda a retro e a alienação fiduciária em garantia – ISABEL ANDRADE DE MATOS, *O Pacto Comissório: Contributo para o estudo do âmbito da sua proteção*, ob. cit., pp. 161-210.

68 Sobre as origens do pacto comissório e da sua proibição, cumpre salientar o estudo de ISABEL ANDRADE DE MATOS, *O Pacto Comissório: Contributo para o estudo do âmbito da sua proteção*, ob. cit., pp. 31-55. Ainda para esta autora, parecem ser três os elementos essenciais que integram o pacto comissório. “Em primeiro lugar, é necessário que exista uma obrigação principal que deva ser cumprida dentro de um determinado prazo. Em segundo lugar, aparentemente, é preciso que o cumprimento dessa obrigação esteja assegurado por uma hipoteca. Não só por força do próprio texto do citado preceito legal (art. 694º), que se refere expressamente a esta garantia, mas também por o pacto comissório se encontrar previsto numa norma integrada no seio das disposições gerais do regime da hipoteca. No entanto, dado o art. 694º do CC também ser aplicável às demais garantias reais por força das remissões realizadas pelos preceitos que regulam o penhor, a consignação de rendimentos e os privilégios creditórios – respetivamente os artigos 678º, 665º e 753º, também do CC –, qualquer pacto comissório inserido num destes tipos de garantia também será nulo. Finalmente, em terceiro e último lugar, é essencial que as partes tenham inserido nesse contrato de garantia, seja *ab initio*, seja posteriormente, um pacto por força do qual se transfira do devedor para o credor a propriedade do bem dado em garantia se, no momento do vencimento da obrigação principal, o devedor não a cumprir. Em termos estruturais, portanto, a transmissão da propriedade do bem para o credor fica dependente da verificação de uma condição suspensiva, que é precisamente o não cumprimento por parte do devedor. Além disso, tal transmissão opera de forma automática caso o devedor não cumpra no prazo acordado entre as partes” – *O Pacto Comissório: Contributo para o estudo do âmbito da sua proteção*, ob. cit., pp. 25-26.

69 ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, *O contrato de locação financeira repositiva: do diálogo difícil com a proibição legal do pacto comissório*, ob. cit., pp. 29-30.

transferência da propriedade do bem dado em garantia do débito. Acresce que, tanto os pactos comissórios reais, como os pactos comissórios obrigacionais, estariam abrangidos pela razão de ser da proibição legal. Mas a inclusão de tal pacto num determinado contrato poderá ser válida desde que não se contemple somente a hipótese de o devedor não cumprir, como a de satisfazer as pretensões do credor.

Atualmente, é forçoso concluir que o art. 694º não nos esclarece na totalidade se a proibição do pacto comissório é somente aplicável aos negócios que são, direta e formalmente, constituições de penhor ou hipoteca com pacto comissório, ou também àqueles que têm outra natureza formal e outra qualificação e produzem um outro resultado típico, mas que, mediante ajustes feitos pelas partes, acabam por resultar numa constituição de penhor ou hipoteca com pacto comissório⁷⁰.

Com o Código Civil de 1966, manteve-se o mesmo entendimento no tocante ao fundamento da proibição legal do pacto comissório – visa-se, em síntese, a proteção do devedor, sendo este perspectivado como a parte mais fraca na elaboração do contrato e carecida, assim, de uma proteção especial face aos abusos de que pode ser alvo por parte do credor⁷¹. Vejamos, contudo, com mais profundidade o que a doutrina escreve, a propósito, dos pactos comissórios:

Remédio Marques aponta quatro fundamentos para justificar a opção legislativa de cominar com a nulidade a celebração de pactos comissórios. São eles:

(i) evitar a violação da regra da *par conditio creditorum*, presente no art. 604º do CC, em face do incumprimento do devedor;

(ii) prevenir a faculdade de o credor se poder apropriar da coisa constituída em garantia da dívida por um valor substancialmente inferior ao valor da dívida;

(iii) assegurar o monopólio estatal no tocante à execução forçada dos deveres de prestar, se bem que sob iniciativa do credor;

(iv) e promover a correção negocial, tendente a afastar comportamentos que possam legitimar a atribuição injustificada de privilégios a alguns credores e o aproveitamento da

⁷⁰ *Idem*, p. 31.

⁷¹ De acordo com ANTUNES VARELA, “o fundamento da proibição do pacto identifica-se, não só com a ratio da norma que pune a usura (art. 1146º), mas ainda com o pensamento subjacente à condenação dos negócios usurários em geral (art. 282º)” – *Das Obrigações em Geral*, vol. II, Coimbra, Almedina, 1997 (7ª edição revista e atualizada), p. 555. No Ac. do STJ, de 30 de Janeiro de 2003 (relator: NASCIMENTO COSTA), é referido que “a lei procura valer à parte aparentemente em estado de debilidade, que pode ser levada a aceitar cláusulas lesivas dos seus interesses” – disponível no site www.dgsi.pt. Através desta decisão, é possível constatar que há uma necessidade de evitar a exploração da situação de inferioridade do devedor necessitado. Já JOÃO PAULO FERNANDES REMÉDIO MARQUES e MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES enunciam outros fundamentos justificadores da proibição de celebração de um pacto comissório.

debilidade do devedor, já que poderá haver uma desproporção entre o montante do débito e o conjunto de bens do património do devedor sujeitos à execução forçada⁷².

Por seu turno, Januário Gomes destaca como fundamentos da proibição do pacto comissório a necessidade de proteção do devedor de uma eventual coação exercida pelo credor e a inevitabilidade de observância das regras gerais em matéria de garantia das obrigações, sob pena de se atribuir, sem justificação plausível, um benefício a um ou mais credores por via da estipulação de um pacto comissório⁷³.

Entendemos que estas duas posições são as mais ponderadas e acabam por se complementar, no sentido de fundamentar a proibição do pacto comissório. Se por um lado, é imprescindível assegurar a tutela do devedor, visto como a parte mais débil da relação contratual, por outro lado, é essencial preservar o sistema de garantia das obrigações. Pretende-se, desta forma, evitar que o devedor dê como garantia um bem de valor manifestamente superior ao montante do crédito garantido e ainda garantir o princípio da igualdade dos credores. Hoje em dia, o interesse que se visa perseguir identifica-se com o interesse geral do tráfico jurídico, e não apenas com os interesses de determinados sujeitos (devedor e credores concorrentes), razão pela qual se penaliza com a forma mais grave de invalidade (nulidade) a violação da proibição legal⁷⁴.

A proibição do pacto comissório é suscetível de ser aplicada nas situações em que se demonstre que as partes se socorreram de um determinado esquema negocial (típico ou atípico) com a finalidade primária de constituir uma garantia real de um direito de crédito, ludibriando, deste modo, a proibição legal consagrada no diploma civilístico⁷⁵. Não é prosseguida a função característica do negócio celebrado; é prosseguido, isso sim, o resultado proibido por lei. Além disso, esta proibição também será aplicável fora das hipóteses expressamente contempladas na lei. Para tal, deverá ter-se em conta o fim visado pelas partes na seleção de determinado negócio jurídico⁷⁶.

72 "Locação financeira repositiva (*sale and lease-back*) e a proibição dos pactos comissórios – negócio fiduciário, mútuo e ação executiva", *ob. cit.*, pp. 599-600.

73 Assunção fidejussória de dívida: *Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 94-95.

74 Ver ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, *O contrato de locação financeira repositiva: do diálogo difícil com a proibição legal do pacto comissório*, *ob. cit.*, pp. 34-35. Ainda ISABEL ANDRADE DE MATOS, *O Pacto Comissório: Contributo para o estudo do âmbito da sua proteção*, *ob. cit.*, pp. 73-75.

75 ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, *O contrato de locação financeira repositiva: do diálogo difícil com a proibição legal do pacto comissório*, *ob. cit.*, pp. 37-38.

76 JOÃO PAULO FERNANDES REMÉDIO MARQUES considera que a proibição legal é suscetível de ser aplicada a todas as categorias de garantias atípicas, pelo menos de forma abstrata, sendo ainda necessário apurar as razões que levaram as partes à celebração dos negócios

Deslindados o sentido e o alcance da proibição legal do pacto comissório, cumpre apresentar os argumentos que vão no sentido da inadmissibilidade do contrato de locação financeira restitutiva, por violação da proibição legal constante do art. 694º. Neste âmbito, torna-se necessário averiguar se o contrato de *lease-back* prossegue primariamente uma função de garantia de um crédito, dispensando o recurso às tradicionais garantias reais tipificadas na lei, contornando, desta forma, a proibição legal. Apesar de considerarmos que o *lease-back* também tem por função conceder o gozo da coisa, não podemos deixar de ter em conta que a intenção primordial das partes, em regra, é a obtenção de um financiamento por parte do alienante, futuro locatário, a que se junta uma função de garantia real, por parte do adquirente, futuro locador.

Nesta sequência, defende-se que o contrato de locação financeira restitutiva constitui um negócio em fraude à lei⁷⁷ que visa única e exclusivamente contornar a proibição do pacto comissório. O contrato de locação financeira de retorno serviria, na verdade, para encobrir um empréstimo garantido por um penhor ou por uma hipoteca. Em sentido próximo, sustenta-se que o contrato de *lease-back* configura como que um negócio indireto⁷⁸. As partes recorreriam, efetivamente, ao esquema do *sale and lease-back*, “mas visando atingir um fim diferente da função deste tipo negocial (a saber, financiamento) e correspondente a outro negócio típico: o penhor ou a hipoteca, consoante o contrato tivesse por objeto um bem móvel ou imóvel”⁷⁹.

Contudo, a nosso ver, nenhum dos argumentos apresentados se revela suficientemente forte para contrariar a admissibilidade da locação financeira restitutiva. O negócio indireto é válido, salvo se celebrado contra a lei⁸⁰. E na celebração de negócios indiretos deverá respeitar-se sempre a lei, constituindo esta um limite à admissibilidade destes negócios. Ora, na hipótese de locação financeira restitutiva não haverá, na nossa perspetiva, qualquer desrespeito pela lei. É que não se vislumbra qualquer violação à lei, só pelo simples facto do contrato de *lease-back*

em causa – “Locação financeira restitutiva (*sale and lease-back*) e a proibição dos pactos comissórios – negócio fiduciário, mútuo e ação executiva”, *ob. cit.*, p. 598.

77 Segundo o Ac. do TRP, de 30 de Setembro de 1997 (relator: AFONSO CORREIA), “são chamados em fraude à lei os negócios pelos quais se consegue por via obliqua o mesmo resultado que a lei quis impedir ou um resultado praticamente idêntico pela proibição de certos negócios” – site www.dgsi.pt.

78 O negócio indireto é aquele “cujos efeitos são realmente queridos pelas partes”, mas que é celebrado por “um motivo ou para um escopo diverso dos que estão de acordo com a função característica (causa) deste tipo negocial e correspondente a outro negócio típico ou tipificável” – MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, Coimbra, Almedina, 1998 (reimpressão), p. 179.

79 ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, *O contrato de locação financeira restitutiva: do diálogo difícil com a proibição legal do pacto comissório*, *ob. cit.*, pp. 55-56.

80 Ver PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, Coimbra, Almedina, 1995, pp. 245-246 e pp. 282-283.

prosseguir uma finalidade de garantia, para além da clássica função primária de financiamento. Esta finalidade de garantia não é por si só suscetível de censura à luz do nosso ordenamento jurídico⁸¹.

Argumenta-se ainda que através do esquema de *sale and lease-back* as partes lançariam mão de um negócio fiduciário com a única finalidade de garantir um crédito, o que seria inválido por afrontar o princípio do *numerus clausus* dos direitos reais constante do art. 1306^o ⁸². A locação financeira restitutiva poderia constituir, deste modo, uma restrição ao direito de propriedade⁸³.

O negócio fiduciário pode ser descrito “como um contrato atípico, construído geralmente por referência a um tipo contratual conhecido suscetível de ser adaptado a uma finalidade diferente da sua própria, através de uma convenção obrigacional de adaptação”⁸⁴. Trata-se de um único negócio e não de uma dualidade negocial. Quanto às suas origens, podemos encontrar no direito romano as primeiras referências ao negócio fiduciário⁸⁵.

As relações entre o fiduciante (devedor) e o fiduciário (credor), como se sabe, assentam na celebração de um “pacto fiduciário”, no qual o segundo se compromete perante o primeiro a não exceder, no respetivo exercício, o estritamente necessário para a prossecução dos objetivos pretendidos, e a devolver a coisa, uma vez alcançado o fim visado. Neste negócio atribui-se uma extrema importância à confiança depositada pelo fiduciante no fiduciário e não tanto aos meios de tutela legal. Aquele “pacto fiduciário” mais não é do que uma convenção de natureza meramente obrigacional.

81 ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, *O contrato de locação financeira restitutiva: do diálogo difícil com a proibição legal do pacto comissório*, ob. cit., p. 57.

82 RUI PINTO DUARTE considera que “a tipicidade (enquanto *numerus clausus*) é mesmo coessencial aos direitos reais”, na medida em que “o legislador pode delinear os direitos reais como tipos mais abertos ou mais fechados, mas não poderá atribuir aos sujeitos privados o poder de criação de tipos não previstos na lei” – *Curso de Direitos Reais*, Cascais, Principia, 2007 (2ª edição revista e aumentada), p. 39.

83 ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, *O contrato de locação financeira restitutiva: do diálogo difícil com a proibição legal do pacto comissório*, ob. cit., p. 56.

84 PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, ob. cit., p. 259. Segundo MANUEL DE ANDRADE, os negócios fiduciários “recondem-se a uma transmissão de bens ou de direitos, realmente querida pelas partes para valer em face de terceiros e até entre elas, mas obrigando-se o adquirente a só exercer o seu direito em vista de certa finalidade” – *Teoria Geral da Relação Jurídica*, ob. cit., p. 175. No Ac. do STJ, de 17 de Dezembro de 2002 (relator: PINTO MONTEIRO), definiu-se o negócio fiduciário como sendo o “negócio atípico pelo qual as partes adequaram através de um pacto – “*pactum fiduciae*” – o conteúdo de um negócio típico a uma finalidade diferente da que corresponde ao negócio instrumental usado por elas” – disponível no site www.dgsi.pt.

85 PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, ob. cit., pp. 254-260.

Ademais, nos dias que correm, não restam dúvidas quanto à admissibilidade dos negócios fiduciários na nossa ordem jurídica, quer a nível doutrinal, quer a nível jurisprudencial⁸⁶. Apesar de o legislador português ainda não se ter pronunciado abertamente sobre a licitude ou ilicitude do negócio fiduciário, é possível constatar a sua admissibilidade, embora dentro dos parâmetros legais vigentes.

Não poderemos, contudo, deixar de ter em conta o contributo dado por Manuel de Andrade, ainda na vigência do Código de Seabra, acerca da invalidade do negócio fiduciário. O ilustre autor considerava que “não sendo válidos entre nós, portanto, os negócios fiduciários, segue-se que os interessados para realizarem objetivos semelhantes àqueles que seriam atingidos mediante esse negócio, terão de utilizar – sempre ou quase sempre – a simulação, fingindo concluir alguns dos negócios translativos causais previstos na lei (venda, doação, etc.)”⁸⁷.

Mas será que o contrato de locação financeira restitutiva consubstancia na realidade um negócio fiduciário?

A nosso ver, a resposta deve ser negativa na medida em que não estão reunidos no contrato de locação financeira restitutiva todos os elementos característicos do negócio fiduciário. No *sale and lease-back* o adquirente é pleno proprietário, mas não no interesse do alienante, uma vez que este não o incumbiu do cumprimento de quaisquer tarefas como é nota característica, isso sim, do negócio fiduciário. Acrescente-se ainda que o adquirente/locador é livre de alienar o bem objeto do contrato a um terceiro, sem necessidade de pedir autorização ao alienante/locatário⁸⁸, ao contrário do que acontece, como é sabido, no negócio fiduciário, pois neste a coisa deve ser devolvida uma vez alcançado determinado objetivo.

86 PEDRO PAIS DE VASCONCELOS entende que “os contratos fiduciários são admissíveis no direito português no âmbito da autonomia privada”, pois “tal como sucede com os contratos indiretos, os contratos fiduciários, como tais, não são nem deixam de ser lícitos”, aduzindo ainda que “como todos os contratos, são sujeitos ao juízo de mérito que, em relação a cada caso, pode recusar a validade ao contrato fiduciário que, em concreto, colida com a lei, a moral ou a natureza” – *Contratos Atípicos*, ob. cit., p. 283. JANUÁRIO GOMES também defende a validade dos negócios fiduciários, ainda que entenda que a admissibilidade da venda em garantia é controvertida em face da proibição legal do pacto comissório – *Assunção fidejussória de dívida: Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, ob. cit., pp. 86 e ss.. Ao nível jurisprudencial, encontramos o Ac. do TRP, de 11 de Abril de 2002 (relator: JOÃO VAZ), no qual é referido que “os negócios fiduciários são legalmente admissíveis com base no princípio da liberdade contratual”. No Ac. do STJ, de 17 de Dezembro de 2002 (relator: PINTO MONTEIRO), defendeu-se a admissibilidade do negócio fiduciário ao abrigo do princípio da autonomia privada presente no art. 405º. Contudo, este mesmo tribunal considerou que existem limites à admissibilidade dos negócios fiduciários, pois “se a *fiducia*, designadamente a *fiducia cum creditore*, envolver fraude à lei ou não se demarcar suficientemente da simulação relativa, existirá uma invalidade, mas por esse motivo e não pela causa «fiduciária»”. Estes dois acórdãos encontram-se disponíveis para consulta no site www.dgsi.pt.

87 *Teoria Geral da Relação Jurídica*, ob. cit., pp. 177-178.

88 ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, *O contrato de locação financeira restitutiva: do diálogo difícil com a proibição legal do pacto comissório*, ob. cit., p. 62.

Deve referir-se ainda que a validade do negócio fiduciário não poderá ser afetada pela invocação do princípio da tipicidade dos direitos reais presente no art. 1306º. Isto é, mesmo que a locação financeira restitutiva fosse entendida como um negócio fiduciário, tal não colidiria com o disposto no art. 1306º por duas ordens de razões: este preceito apenas estabelece a tipicidade das restrições reais ao direito de propriedade, sendo certo que a estrutura do negócio fiduciário se basta com a natureza obrigacional do “pacto fiduciário”. Mais a mais, a tipicidade diz respeito apenas às situações jurídicas reais e já não aos negócios reais *quoad effectum*⁸⁹.

Não encontramos, pois, obstáculos que impeçam a admissibilidade do contrato de locação financeira restitutiva, a não ser que este seja celebrado em desconformidade com lei, a ordem pública ou com os bons costumes. A locação financeira restitutiva, a nosso ver, deverá, na verdade, ser admitida à luz do nosso ordenamento jurídico civil vigente.

Como já se deixou expresso supra, são várias as vantagens que resultam da celebração de um contrato deste tipo: as empresas aumentam a sua liquidez e empregam-na na direção considerada mais viável, eficaz, nomeadamente na aquisição de bens produtivos, na prospeção de novos mercados e no investimento tecnológico. Acresce que se assiste a uma criação de mais valias e a um alívio da tesouraria, para além de que o bem objeto do contrato de *lease-back* permanece na esfera do alienante, podendo ser utilizado por este sujeito na sua atividade económica. Todavia, não é só o alienante/locatário que fica a lucrar com a celebração de um contrato com este figurino. O *sale and lease-back* permite ainda prosseguir os interesses do adquirente/locador através do investimento de capitais.

A locação financeira restitutiva não sendo proibida pelas normas que vedam a estipulação do pacto comissório, também não constitui um instrumento utilizado pelas partes para contornar a proibição legal do pacto comissório, pelo menos em abstrato⁹⁰. Repare-se que no *lease-back* o locador é livre de alienar o bem adquirido ao locatário a um terceiro, desde que o locatário não exerça o direito de opção de compra do bem, enquanto que no pacto comissório o credor tem a obrigação de retransmitir o bem que lhe foi dado em garantia ao devedor caso este cumpra pontualmente a obrigação garantida.

89 *Idem*, pp. 62-63. LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS configura a locação financeira restitutiva como um verdadeiro negócio fiduciário típico em garantia. Tal qualificação não é impeditiva da validade da locação financeira restitutiva – *A cessão de créditos em garantia e a insolvência/ Em particular da posição do cessionário na insolvência do cedente*, ob. cit., p. 297 e pp. 638-641, nota 1238.

90 REMÉDIO MARQUES, “Locação financeira restitutiva (*sale and lease-back*) e a proibição dos pactos comissórios – negócio fiduciário, mútuo e ação executiva”, ob. cit., pp. 600 e ss..

Contudo, como já fizemos questão de ressaltar, apesar de a locação financeira repositiva ser estrutural e funcionalmente lícita e não violar a proibição do pacto comissório, as partes poderão fazer um uso anômalo da figura do *sale and lease-back*, tentando torcer deste modo a proibição legal do art. 694º. Ou seja, este esquema contratual poderá ser utilizado, na prática, para esconder um verdadeiro pacto comissório e procurar evitar a aplicação das normas legais que o proíbem e conduzem à sua nulidade. Caso se verifique uma discrepância de valores entre o bem dado em garantia e o montante do débito, bem como a preexistência de uma relação creditícia entre as partes envolvidas na celebração do contrato, então sim estaremos na presença de situações anômalas na celebração de contratos de *lease-back*⁹¹.

A circunstância do utilizador se encontrar numa situação de grave dificuldade financeira, bem como o facto da posição do locador ser ocupada por uma pessoa que não exerça habitualmente a atividade de locação financeira, poderão igualmente contribuir para descredibilizar o contrato de locação financeira repositiva, tornando-o anômalo. O contrato de *lease-back* deverá, neste caso, ser considerado inválido por fraude à lei (com a consequente sanção de nulidade), sempre que as partes se sirvam dele para contornar a proibição legal do pacto comissório.

A este propósito, Luís Miguel Pestana de Vasconcelos entende que o contrato de locação financeira repositiva viola a proibição legal do pacto comissório “sempre que o locador financeiro possa fazer definitivamente sua a coisa em caso de incumprimento por parte do locatário financeiro sem uma avaliação ou com uma avaliação por ele realizada”⁹². O contrato de locação financeira repositiva já não será atingido pela proibição legal do pacto comissório “quando o bem tenha nessa altura que ser avaliado por terceiro independente, e um eventual excesso relativamente ao montante indemnizatório deva ser restituído ao locatário”⁹³.

Resolvido o contrato de locação financeira repositiva, o locador deverá proceder à venda do bem ou ficar com ele, mas devendo fazer a sua avaliação por um terceiro independente, caso este não possua um valor de mercado. Se após tal operação ficar numa situação mais benéfica do que aquela em que ele estaria se o contrato tivesse sido integralmente cumprido, deverá, nessa altura, proceder à restituição dessa diferença⁹⁴. A existência destes deveres, a nosso ver,

91 Para mais desenvolvimentos, REMÉDIO MARQUES – “Locação financeira repositiva (*sale and lease-back*) e a proibição dos pactos comissórios – negócio fiduciário, mútuo e ação executiva”, *ob. cit.*, pp. 606-607 e ISABEL ANDRADE DE MATOS, *O Pacto Comissório: Contributo para o estudo do âmbito da sua proteção*, *ob. cit.*, pp. 208-209.

92 *Direito das Garantias*, *ob. cit.*, p. 448.

93 *Direito das Garantias*, *ob. cit.*, p. 448.

94 *Direito das Garantias*, *ob. cit.*, pp. 449-450.

afasta assim a aplicação da proibição do pacto comissório aos contratos de locação financeira restitutiva. De salientar que estes deveres podem resultar do previsto no art. 762º, nº 2, do CC, ou podem ser afirmados por via da integração (art. 239º do mesmo diploma)⁹⁵.

Nas situações em que se prove efetivamente que as partes pretenderam ludibriar a proibição legal, deve optar-se pela tese da nulidade parcial do negócio, ou seja, o pacto comissório deverá ser considerado nulo, enquanto que o contrato de penhor ou de hipoteca e o contrato de locação financeira restitutiva serão considerados válidos, em homenagem ao princípio da conservação dos negócios jurídicos. Somos levados a crer que as partes, em princípio, teriam querido celebrar esse contrato mesmo sem o pacto comissório⁹⁶.

Finalizando a análise desta problemática ao nível interno, concluímos pois pela admissibilidade do contrato de locação financeira restitutiva, desde que tal esquema negocial não seja utilizado de forma abusiva, em ordem a contornar a proibição legal de pactos comissórios⁹⁷.

2.2. EM ORDENAMENTOS VIZINHOS

O contrato de locação financeira restitutiva é perfeitamente admissível no ordenamento jurídico espanhol, sendo bastante usual o recurso a tal esquema negocial⁹⁸, ainda que tal

95 *Direito das Garantias*, ob. cit., pp. 449-450. LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS defende que “uma aplicação apressada da proibição do pacto comissório a esta figura, sem se ter em conta o conteúdo da relação fiduciária que se estabelece entre as partes e o papel que a boa fé, nesse âmbito e depois mesmo da extinção desse negócio jurídico, desempenha, prejudicaria fortemente os interesses da economia em geral e dos comerciantes em particular” – *A cessão de créditos em garantia e a insolvência/Em particular da posição do cessionário na insolvência do cedente*, ob. cit., p. 640, nota 1238.

96 Com efeito, o Supremo Tribunal de Justiça pronunciou-se sobre esta matéria no acórdão de 30 de Janeiro de 2003 (relator: NASCIMENTO COSTA). Nesta decisão, foi declarado nulo um contrato-promessa de compra e venda por se entender que o mesmo consubstanciava um pacto comissório, facto este proibido pela norma do art. 694º. O STJ entendeu que a promessa celebrada inseriu-se no processo de obtenção de crédito, estando desse modo relacionada com o não cumprimento do contrato de mútuo. Na ótica do STJ, o contrato-promessa destinar-se-ia tão somente a garantir o pagamento de uma dívida contraída entretanto para com o promitente-comprador. O contrato-promessa celebrado pelo autor foi declarado nulo, subsistindo o contrato de mútuo. Esta decisão encontra-se disponível no site www.dgsi.pt.

97 No sentido da validade do contrato de locação financeira restitutiva em face da proibição legal do pacto comissório, encontramos os estudos de JOÃO CALVÃO DA SILVA, “Locação financeira e garantia bancária”, ob. cit., pp. 12-13, nota 3; REMÉDIO MARQUES, “Locação financeira restitutiva (*sale and lease-back*) e a proibição dos pactos comissórios – negócio fiduciário, mútuo e ação executiva”, ob. cit., pp. 600-615; ISABEL ANDRADE DE MATOS, *O Pacto Comissório: Contributo para o estudo do âmbito da sua proteção*, ob. cit., pp. 204-210; MENEZES LEITÃO, *Garantias das obrigações*, ob. cit., p. 282; e ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, *O contrato de locação financeira restitutiva: do diálogo difícil com a proibição legal do pacto comissório*, ob. cit., pp. 50-67.

98 MATILDE PACHECO CAÑETE, *El contrato de lease-back*, ob. cit., pp. 33-36.

contrato não disponha de regulação própria. Não são criados obstáculos de maior à celebração de contratos de locação financeira restitutiva.

Todavia, um pouco à imagem do que se passa em território português, aqui também se discute a validade do contrato de *lease-back* face à proibição legal do pacto comissório.

À semelhança do que sucede no ordenamento jurídico português, o pacto comissório é proibido expressamente no CC espanhol, em sede de penhor e de hipoteca (art. 1859º) e de consignação de rendimentos (art. 1884º). A proibição do pacto comissório tem sido um dos argumentos mais utilizados pela jurisprudência para contestar a admissibilidade do contrato de *lease-back*. É referido que através da operação de *sale and lease-back* as partes pretendem contornar a proibição legal do pacto comissório. Consequentemente, o contrato em questão será considerado um negócio em fraude à lei, ferindo-o do vício de nulidade⁹⁹.

O pacto comissório, no Reino de Espanha, é definido como a convenção em virtude da qual as partes de um contrato acordam que o credor (ou um terceiro por aquele designado) poderá adquirir a propriedade da coisa que serve de garantia, no caso de o devedor não cumprir a obrigação devida no prazo convencionado¹⁰⁰. A proibição do pacto comissório prende-se com a necessidade de evitar que o credor se aproprie dos bens dados em garantia por um valor manifestamente inferior ao correspondente na realidade¹⁰¹.

Pretende-se, deste modo, evitar que o credor enriqueça injustificadamente, ficando o devedor numa posição bastante incómoda. Há uma necessidade de tutelar a posição jurídica do devedor, encarado como a parte mais débil da relação contratual. Esta proibição deverá atuar não apenas em relação às garantias reais expressamente consagradas (penhor, hipoteca e consignação de rendimentos), mas também face aos negócios atípicos¹⁰². Assim também o entendeu o Tribunal Supremo em decisão, proferida a 16 de Maio de 2000, segundo a qual a proibição do pacto comissório se estende a todo o tipo de garantias, quer se tratem de garantias

99 *Idem*, p. 81.

100 REGLERO CAMPOS, "Ejecución de las garantías reales mobiliarias e interdicción del pacto comisorio", in *Tratado de las garantías en la contratación mercantil*, T. II (Garantías reales), vol. I (garantías mobiliarias), Madrid, Editorial Civitas, 1996, p. 421, *apud* ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, *O contrato de locação financeira restitutiva: do diálogo difícil com a proibição legal do pacto comissório*, *ob. cit.*, p. 102.

101 MATILDE PACHECO CAÑETE, *El contrato de lease-back*, *ob. cit.*, p. 81.

102 REGLERO CAMPOS, "Ejecución de las garantías reales mobiliarias e interdicción del pacto comisorio", *ob. cit.*, pp. 425 e ss. e em especial pp. 437 e ss., *apud* ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, *O contrato de locação financeira restitutiva: do diálogo difícil com a proibição legal do pacto comissório*, *ob. cit.*, pp. 106-107.

típicas ou atípicas¹⁰³. Neste acórdão, entendeu-se que o contrato de *lease-back* violaria a proibição legal do pacto comissório por constituir um negócio em fraude à lei.

Matilde Pacheco Cañete, contudo, entende que a proibição legal não é aplicável em regra aos contratos de *lease-back*, por estes não configurarem negócios fiduciários, atípicos. O contrato de *sale and lease-back*, por si só, não está em desconformidade com a lei, a ordem pública ou com os bons costumes¹⁰⁴.

Tal contrato apenas será considerado nulo no caso de encobrir um empréstimo monetário assegurado através da transmissão do bem em regime de *lease-back* e revelar uma manifesta desproporção entre as prestações assumidas pelas partes. Nesta situação, encontramos-nos diante de um contrato nulo, por constituir uma violação da proibição legal do pacto comissório. Na decisão proferida a 16 de Maio de 2000, foi declarada a nulidade do contrato de *lease-back* por encobrir um empréstimo assegurado através da transmissão da propriedade a título de garantia fiduciária e contornar a proibição do pacto comissório. Neste caso em concreto, o contrato de *lease-back* serviria para tornar vulnerável a proibição de que temos vindo a falar.

Por sua vez, no direito italiano tem igualmente sido dado particular destaque à questão da admissibilidade do contrato de *lease-back* em face da proibição legal do pacto comissório, um pouco à imagem do que se passa nas ordens jurídicas portuguesa e espanhola.

À semelhança destes ordenamentos, a proibição do pacto comissório encontra-se expressamente regulada no CC italiano, quer em sede de hipoteca e de penhor (art. 2744º), quer em matéria de consignação de rendimentos (art. 1963º). O contrato de locação financeira restitutiva não tem acolhimento legal expresso no ordenamento jurídico italiano, motivo pelo qual alguma doutrina tem suscitado dúvidas em torno da respetiva admissibilidade, nomeadamente à luz da proibição genérica de negócios em fraude à lei¹⁰⁵. Este contrato tem sido apontado como

103 MATILDE PACHECO CAÑETE, *El contrato de lease-back*, ob. cit., pp. 81-82. Em decisão proferida a 22 de Dezembro de 1988, o TS Es. também já se tinha decidido a favor da aplicabilidade da proibição do pacto comissório a todos os contratos de garantia, quer fossem típicos ou atípicos – MATILDE PACHECO CAÑETE, *El contrato de lease-back*, ob. cit., p. 81, nota 81.

104 *El contrato de lease-back*, ob. cit., p. 77. Tal contrato é perfeitamente válido ao abrigo do princípio da autonomia privada consagrado no art. 1255º do CC Es., a não ser que seja instrumentalizado no sentido de contornar a proibição legal do pacto comissório. MARÍN LÓPEZ afirma que o contrato de *sale and lease-back* não contém na sua própria estrutura um pacto comissório e como tal, será perfeitamente válido. Este esquema negocial apenas será inválido nos casos em que as partes tentem iludir a proibição do pacto comissório, ou seja, nas situações em que se incluam cláusulas violadoras da proibição legal – “El arrendamiento financiero”, ob. cit., pp. 1052-1053.

105 Tal circunstância não impede que determinados autores sustentem a validade do contrato de *lease-back*, independentemente da questão da proibição legal do pacto comissório. ALESSANDRO MUNARI admite pacificamente a validade do contrato de *sale and lease-back* – “Il leasing finanziario nella teoria dei crediti di scopo”, ob. cit., pp. 264 e ss.. NICOLÒ VISALLI também sustenta a validade do contrato de locação

um exemplo de um negócio de financiamento assistido de garantia real e, nessa medida, violador da proibição legal do pacto comissório¹⁰⁶.

O pacto comissório corresponde a uma alienação condicionada, em que o incumprimento pelo devedor funciona como condição suspensiva de cuja verificação depende a aquisição da propriedade por parte do credor, sendo que a sua função específica consiste em garantir um crédito, daí o seu enquadramento no esquema da alienação com função de garantia¹⁰⁷.

A razão de ser da proibição do pacto comissório, como não podia deixar de ser, está intimamente ligada à necessidade de tutela do devedor, protegendo-o de uma eventual coação exercida por parte do credor¹⁰⁸. A jurisprudência transalpina tem justificado a proibição legal do pacto comissório através do recurso a dois fundamentos: tutela do devedor contra a coação exercida de forma ilícita pelo credor e tutela do princípio *par conditio creditorum*¹⁰⁹.

Quanto ao alcance da proibição legal do pacto comissório, tem sido defendido que esta seria aplicável, igualmente, nas hipóteses de transmissão do direito de propriedade sob condição suspensiva, com função de garantia¹¹⁰. Deste modo, seriam sancionadas as hipóteses de “pacto comissório autónomo”, ou seja, vedar-se-ia por esta via todo e qualquer negócio de alienação suscetível de conferir a propriedade do bem ao credor, em caso de não cumprimento pelo devedor e independentemente de se constituir um direito real de garantia típico¹¹¹.

financeira restitutiva, não encontrando obstáculos de maior à sua validade – “La problematica del leasing finanziario come tipo contrattuale”, *ob. cit.*, p. 653.

106 ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, *O contrato de locação financeira restitutiva: do diálogo difícil com a proibição legal do pacto comissório*, *ob. cit.*, pp. 90-91.

107 ENZO ROPPO, “La responsabilità patrimoniale del debitore”, in *Trattato di Diritto Privato, diretto da Pietro Rescigno*, 19, T. I – Tutela dei Diritti –, Torino, Utet, 1986, p. 438, *apud* ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, *O contrato de locação financeira restitutiva: do diálogo difícil com a proibição legal do pacto comissório*, *ob. cit.*, p. 77.

108 GIUSEPPE CRICENTI, *I contratti in frode alla legge*, Il Diritto Privato Oggi, Serie a cura di Paolo Cendon, Milano, Giuffrè, 1996, p. 52, *apud* ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, *O contrato de locação financeira restitutiva: do diálogo difícil com a proibição legal do pacto comissório*, *ob. cit.*, p. 86. Ainda há quem argumente que a proibição legal do pacto comissório radica na existência de limites ao princípio da autonomia privada, que justificam a sanção de nulidade do pacto, independentemente do seu conteúdo concreto e da prova de um efetivo prejuízo para o devedor – ROBERTO TRIOLA, “Vendita con patto di riscatto e divieto del patto commissorio”, in *Giustizia Civile*, vol. I, 1988, pp. 1770 e ss., *apud* ROSANNA DE NICTOLIS, *Nuove garanzie personali e reali*, *ob. cit.*, pp. 463-464.

109 Neste sentido, a decisão da *Cassazione* n° 1787, de 12 de Fevereiro de 1993 – GIUSEPPE CRICENTI, *I contratti in frode alla legge*, *ob. cit.*, p. 49, *apud* ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, *O contrato de locação financeira restitutiva: do diálogo difícil com a proibição legal do pacto comissório*, *ob. cit.*, p. 87.

110 VINCENZO LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milano, Giuffrè, 1952, pp. 94-98, *apud* ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, *O contrato de locação financeira restitutiva: do diálogo difícil com a proibição legal do pacto comissório*, *ob. cit.*, p. 88, nota 145.

111 ENZO ROPPO, “La responsabilità patrimoniale del debitore”, *ob. cit.*, p. 435, *apud* ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, *O contrato de locação financeira restitutiva: do diálogo difícil com a proibição legal do pacto comissório*, *ob. cit.*, p. 88. Para este autor, são mais frequentes as

No plano jurisprudencial, é possível constatar que, num primeiro momento, a proibição legal se aplicava, somente, às hipóteses expressamente consagradas na lei. Num segundo momento, a proibição alargou-se a todos os acordos celebrados entre credor e devedor que se caracterizassem pelo facto de a transferência da propriedade ficar subordinada ao incumprimento da obrigação pelo devedor. Sendo assim, privilegiava-se um critério de tipo estrutural que atendia ao momento temporal em que operava a transferência da propriedade do bem para a esfera jurídica do credor¹¹².

Porém, tudo mudou com a decisão da *Corte di Cassazione*, de 3 de Junho de 1983. Por força deste acórdão, passou a privilegiar-se um critério funcional ou teleológico, segundo o qual seriam nulas todas as alienações em que o objetivo primordial das partes fosse o de constituir uma garantia real atípica de um financiamento e já não a troca de um bem pelo respetivo preço¹¹³.

No tocante à compatibilidade do *sale and lease-back* com a proibição do pacto comissório, é possível observar a existência de duas correntes. A minoritária apoia-se no princípio da autonomia privada para afirmar a validade do referido contrato e sustenta que a finalidade prosseguida por este negócio jurídico é merecedora de tutela jurídica. Uma segunda corrente, dita maioritária, defende que tal esquema negocial é nulo por se afigurar contrário a um princípio geral do ordenamento jurídico¹¹⁴.

Recentemente, formou-se uma terceira via que distingue dois tipos de *lease-back*: o *lease-back* denominado de normal, que será considerado válido e lícito; e o *lease-back* apelidado de anómalo, que será considerado inválido e ilícito por revelar a intenção das partes em ludibriar a proibição legal do pacto comissório. Nesta nova orientação assiste-se, inequivocamente, a uma análise necessariamente casuística de cada operação negocial. Cumpre referir a este propósito a importante e inovadora decisão da *Corte di Cassazione* de 16 de Outubro de 1995, que distinguiu as hipóteses de *lease-back* puro e as hipóteses de *lease-back* anómalo¹¹⁵ e decidiu

hipóteses em que o pacto comissório surge como convenção autónoma, dirigida à atribuição ao credor da propriedade de um bem sem a prévia constituição de uma garantia real típica do que aquelas em que este mesmo pacto é estipulado em conexão com um penhor ou uma hipoteca.

112 ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, *O contrato de locação financeira restitutiva: do diálogo difícil com a proibição legal do pacto comissório*, ob. cit., pp. 90-91.

113 ROSANNA DE NICTOLIS, *Nuove garanzie personali e reali*, ob. cit., pp. 466-472 e ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, *O contrato de locação financeira restitutiva: do diálogo difícil com a proibição legal do pacto comissório*, ob. cit., pp. 91-92.

114 ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, *O contrato de locação financeira restitutiva: do diálogo difícil com a proibição legal do pacto comissório*, ob. cit., p. 95.

115 ANGELO LUMINOSO, *Lease Back e Divieto del Patto Commissorio*, ob. cit., pp. 1 e ss..

qualificar o contrato de *sale and lease-back* como um contrato de empresa, com autonomia estrutural e funcional face ao esquema da alienação com função de garantia¹¹⁶.

Segundo a *Cassazione*, resumem-se a cinco os traços característicos do *lease-back* puro:

a qualidade dos sujeitos contraentes, sendo que de um lado encontramos um empresário e do outro uma sociedade de *leasing*;

a natureza dos bens objeto do contrato, que devem ser instrumentais à atividade empresarial do utente;

a duração do contrato;

o respeito pelas condições gerais características de um contrato de *leasing*;

e a idêntica força contratual dos dois sujeitos contratantes¹¹⁷.

Diversamente, para o mesmo tribunal, constituem índices de subversão ao esquema típico de *sale and lease-back*:

uma situação de desequilíbrio de força contratual;

a desproporção entre as prestações correspetivas;

a natureza irrisória do preço de opção;

a situação de dificuldade económico-financeira do alienante no momento da celebração do contrato;

e o facto de o bem alienado não integrar o esquema nem a organização empresarial¹¹⁸.

Grande parte da jurisprudência italiana rejeita liminarmente a admissibilidade da operação de *sale and lease-back* por considerar que este esquema negocial é violador da proibição legal do pacto comissório. A distinção entre *lease-back* puro e *lease-back* anómalo não tem qualquer peso para esta corrente jurisprudencial. De acordo com esta orientação, o contrato de locação financeira restitutiva poderá ter sido celebrado com a finalidade de garantia de um mútuo, contornando deste modo a proibição legal do pacto comissório. Este contrato deverá ser sancionado com a nulidade por constituir um negócio em fraude à lei, isto é, por prosseguir um resultado proibido pela ordem jurídica¹¹⁹.

Por seu turno, a doutrina italiana defende a validade do contrato de *lease-back*, a não ser que o mesmo seja instrumentalizado com a função exclusiva de garantia de um débito, rodeando

¹¹⁶ *Idem*, pp. 17-18.

¹¹⁷ *Idem*, p. 4 e pp. 17-18.

¹¹⁸ *Idem*, pp. 20-22.

¹¹⁹ Neste sentido, encontramos a decisão da *Corte di Appello* de Cagliari, de 3 de Março de 1993, a decisão do Tribunal de Milão, de 19 de Junho de 1986 e a decisão da *Corte di Appello* de Brescia, de 29 de Junho de 1990 – GIORGIO CIAN e ALBERTO TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice Civile*, Padova, Cedam, 1997 (5ª edição), p. 2628.

desta forma a proibição legal do pacto comissório¹²⁰. As vantagens que o contrato de *lease-back* proporciona são, desta forma, merecedoras de tutela jurídica.

120 No sentido da admissibilidade do *leasing di ritorno*, encontramos os textos de ROSANNA DE NICTOLIS, *Nuove garanzie personali e reali*, *ob. cit.*, pp. 528-532 e de ANGELO LUMINOSO, *Lease Back e Divieto del Patto Commissorio*, *ob. cit.*, pp. 22-23.

CAPÍTULO III

REGIME JURÍDICO DA LOCAÇÃO FINANCEIRA RESTITUTIVA

Sumário: 1. Especificidades do seu regime jurídico. 1.1. Indemnizações devidas em caso de incumprimento de qualquer das partes. 1.2. Risco de perda e risco de deterioração da coisa. 1.3. Direito de escolha do locatário no termo do prazo. 1.4. Providência cautelar de entrega judicial, embargos de terceiro e o regime de insolvência.

1. ESPECIFICIDADES DO SEU REGIME JURÍDICO

1.1. INDEMNIZAÇÕES DEVIDAS EM CASO DE INCUMPRIMENTO DE QUALQUER DAS PARTES

Como já tivemos oportunidade de assinalar, ao contrato de locação financeira restitutiva aplica-se o regime jurídico matricial da locação financeira, embora com as necessárias adaptações e ajustamentos.

Na celebração de um contrato de locação financeira restitutiva, por regra, encontramos dois sujeitos: de um lado, o vendedor, futuro locatário, que pretende obter um dado financiamento sem perder a disponibilidade do bem objeto do contrato; do outro, o comprador, futuro locador, que após a aquisição acaba por ceder o bem em locação financeira ao utente.

No entanto, poderá surgir um terceiro sujeito na celebração deste tipo de contrato à semelhança do que sucede na tradicional locação financeira, embora em diferentes moldes. Na hipótese de *sale and lease-back*, o terceiro contraente só entrará em contacto com o futuro locatário (determinado bem poderá ter sido adquirido pelo futuro locatário a um terceiro, tendo em vista a celebração de um contrato de locação financeira restitutiva), ao passo que na locação financeira este sujeito agirá como um intermediário, entrando em contacto quer com o locador, quer com o locatário financeiro.

Na eventualidade de surgir uma terceira pessoa na celebração do contrato de locação financeira restitutiva, coloca-se a questão de saber se o locatário poderá agir judicialmente contra o fornecedor em determinados casos, sempre que se verifique um incumprimento por parte deste último sujeito. Além disso, ainda teremos oportunidade de analisar outros tipos de conduta que poderão desencadear o pagamento de indemnizações à parte lesada. Avaliaremos estas possibilidades nas seguintes linhas, socorrendo-nos sempre que possível da doutrina e jurisprudência, quer nacional, quer estrangeira.

É de notar que determinadas particularidades que se colocam com bastante frequência no contrato de locação financeira, tais como a de saber quem é responsável pelo facto de o bem não ter sido entregue ao utente na data acordada e em tempo oportuno, bem como a de indagar a quem são imputadas as responsabilidades no caso de o bem, cujo gozo vai ser concedido, apresentar defeitos ou vícios ocultos, não são suscitadas em sede de *lease-back* dado que o fornecedor do bem e o locatário são a mesma pessoa.

Com efeito, no que concerne à primeira questão, o locatário já era proprietário do bem à data da celebração do contrato de locação financeira restitutiva, pelo que tal problema não será *a priori* aprofundado. O mesmo se dirá acerca da segunda questão levantada já que em caso de responsabilidade por vícios ou defeitos do bem, simplesmente responderemos que tal encargo impende sobre o vendedor que não é mais do que o futuro locatário¹²¹. Não será, assim, possível

121 No que concerne ao contrato de locação financeira, o locador financeiro não deverá ser responsabilizado pelo eventual atraso na entrega da coisa ou mesmo pela omissão de entrega do bem objeto do referido contrato. O locador não se encontra adstrito à entrega do bem; não consta do leque dos deveres do locador a obrigação de entrega da coisa. Sempre se poderá argumentar que a norma do art. 9º do DL nº 149/95 respeitante às obrigações do locador é meramente exemplificativa devido ao uso da locução “nomeadamente” e não taxativa, podendo então ser considerada a entrega do bem ao utente como uma obrigação imposta ao locador. Serão sim os arts. 12º e 13 do referido diploma que dissiparão todas e quaisquer dúvidas relativamente a esta questão. Com efeito, o primeiro normativo desresponsabiliza o locador num dado domínio, domínio esse que diz respeito aos vícios de facto do bem locado. É certo que tal normativo não se refere explicitamente à questão de saber se o locador se encontra ou não desonerado da responsabilidade decorrente da omissão de entrega da coisa. Contudo, tem sido defendida uma conceção unitária de cumprimento, em que para além da entrega do bem em tempo oportuno, é exigível a conformidade da mesma, isto é, o bem deverá ser entregue atempadamente e sem defeitos. Ou seja, o locador não é responsável pela entrega da coisa ao locatário.

O segundo normativo reforça esta ideia na medida em que faculta ao locatário o exercício de “todos os direitos relativos ao bem locado ou resultantes do contrato de compra e venda ou de empreitada” contra o fornecedor. Isto é, este preceito estabelece implicitamente que o locatário apenas poderá exercer contra o vendedor e não contra o locador todos aqueles direitos caso o bem não tenha sido entregue em tempo útil. O locatário só tem ao seu dispor a possibilidade de se dirigir contra o fornecedor. Em suma, o risco que emerge da omissão de entrega do bem ou do eventual atraso na entrega corre por conta do locatário, que deve consequentemente dirigir-se ao fornecedor e demandá-lo judicialmente. De referir que serão consideradas nulas as cláusulas que expõem o utente ao risco de omissão ou de atraso na entrega do bem e obrigam-no ao pagamento das rendas de um bem cujo gozo não desfruta – FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Manual da locação financeira*, ob. cit., pp. 116-124.

No que diz respeito aos defeitos que o bem possa apresentar, “o locador não responde pelos vícios do bem locado ou pela sua inadequação face aos fins do contrato, salvo o disposto no artigo 1034º do CC” – art. 12º do regime jurídico da locação financeira. Assiste-se a uma exoneração da responsabilidade do locador financeiro por vícios de facto do bem locado. A segunda parte da norma refere-se aos casos de

subrogar o locatário na posição do locador, em ordem a demandar judicialmente o vendedor/fornecedor dado que estaríamos, a nosso ver, diante de um contrassenso. O facto de estarem reunidas numa só pessoa as qualidades de locatário financeiro e de fornecedor do bem locado, traduzir-se-á numa benéfica simplificação das relações contratuais existentes¹²².

Nunca é demais frisar, que ao contrato de locação financeira restitutiva são aplicáveis as disposições legais correspondentes que estejam de acordo com a sua estrutura bilateral. Quer isto dizer que, as normas do regime jurídico da locação financeira que visam regular certos aspetos de uma relação que, por ser trilateral, é mais complexa, não se aplicam aqui. Falamos, claro está, do art. 13º respeitante às relações entre o locatário e o vendedor e igualmente do art. 14º referente às despesas de transporte, montagem e instalação do bem locado. Está excluída, à partida, a possibilidade de aplicação ao contrato de *lease-back* da disciplina legal que não lhe seja adequada.

No entanto, nem sempre estaremos diante de situações lineares; poderão surgir questões práticas que vão além deste regime simplista. Coloquemos a hipótese de o bem vendido pelo utente ser um terreno, no qual o locador ficará obrigado a financiar a construção de um imóvel¹²³, bem como a hipótese de ocorrer a transmissão do direito de superfície¹²⁴ sobre o

falta de legitimidade do locador, às situações que configuram vícios de direito presentes no art. 1034º. O art. 12º, parte final reporta-se aos casos em que o locatário poderá invocar junto do locador os meios de defesa necessários à defesa do seu direito. Os vícios de direito manifestam-se na esfera do locador, responsabilizando-o exclusivamente perante o locatário. Para mais desenvolvimentos sobre esta temática relativa aos vícios jurídicos da coisa, FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Manual da locação financeira, ob. cit.*, pp. 159-162.

Contudo, não se pense que o locatário fica totalmente desprotegido no caso de o bem apresentar defeitos. Com efeito, o locatário poderá exercer junto do vendedor/fornecedor “todos os direitos relativos ao bem locado ou resultantes do contrato de compra e venda ou de empreitada” – art. 13º do DL nº 149/95. Apesar de o locatário não ser parte ativa na realização do contrato de compra e venda entre locador e fornecedor, poderá reagir contra este último sujeito por via da sub-rogação legal (art. 592º, nº 1 do CC). Ou seja, o locatário (o sub-rogado) assume a posição jurídica do locador (o credor), o que lhe permitirá o exercício de todos os direitos do comprador em face do vendedor (art. 593º, nº 1 do CC). O locatário exercerá os direitos do locador em nome próprio. Seria incompreensível que o locatário financeiro não se pudesse defender convenientemente, já que é ele que goza da disponibilidade material do bem, arca com os riscos inerentes à qualidade de proprietário (risco de perda ou de deterioração do bem locado) e se apresenta como proprietário económico do bem locado. De acordo com o art. 914º do CC, o locatário poderá exigir do vendedor a reparação da coisa ou mesmo a sua substituição caso esta tenha natureza fungível. Contudo, não se pense que estão esgotados os remédios jurídicos à disposição do locatário.

O locatário poderá ainda ter direito à redução do preço (ficando com a coisa defeituosa) e mesmo à resolução do contrato de compra e venda, desde que se encontrem preenchidos os pressupostos dos arts. 801º e ss. do CC. Também não está excluída a possibilidade de o locatário pedir a anulação da compra e venda, podendo vir ainda a ser ressarcido dos danos patrimoniais sofridos, resultantes da aquisição do bem defeituoso (arts. 913º, 905º e 909º do CC) – FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Manual da locação financeira, ob. cit.*, pp. 124-143.

122 MATILDE PACHECO CAÑETE, *El contrato de lease-back, ob. cit.*, pp. 101-102.

123 No ordenamento jurídico espanhol, mais precisamente no art. 1271º do CC Es., admite-se que uma coisa futura possa ser objeto de um contrato. A decisão do TS Es. de 30 de Junho de 1993 vai no mesmo sentido, considerando que o futuro locador se compromete a construir ou a comprar um imóvel no sentido de proceder à celebração de um contrato de *lease-back* – MATILDE PACHECO CAÑETE, *El contrato de lease-back, ob. cit.*, pp. 107-108. Não importa se o bem já se encontra construído ou não.

terreno. Nestes casos, a operação de *lease-back* contará com a participação de um novo sujeito, o construtor/fornecedor¹²⁵. A empresa de *leasing* financiará a obra que será realizada por um construtor segundo as especificações do futuro locatário.

Em tais situações, é frequente que o locador se exonere de qualquer responsabilidade derivada da entrega do bem em tempo indevido ou da transmissão de um bem com defeitos. A sociedade locadora compromete-se apenas a entregar a soma correspondente à empresa construtora de forma a esta proceder à edificação do projeto, assumindo deste modo um papel meramente secundário (de intermediário financeiro) nesta fase da operação de *lease-back*.

Face a estas novas hipóteses, resta-nos saber quem será responsável pela omissão de entrega da coisa locada (e tudo indica que será o construtor) e se o locatário terá direito à reparação ou substituição do bem ou mesmo a qualquer indemnização no caso de o mesmo apresentar algum defeito ou vício. Ainda teremos ocasião de analisar se será possível (ou não) aplicar o regime jurídico da locação financeira tradicional a tais situações de locação financeira restitutiva.

Tendo em conta estas novas configurações de locação financeira restitutiva, não restarão dúvidas quanto à obrigatoriedade de entrega do bem ao locatário. Não será razoável deixar o futuro utente nesta situação periclitante de não poder contar com o bem na data convencionada, impedindo-o de exercer a sua atividade comercial. Pense-se no caso do locatário necessitar do bem para angariar novos clientes (existe a possibilidade de o locatário sublocar o bem ou os bens em questão, podendo financiar deste modo o uso de um vasto número de objetos). Este

O nosso legislador dedica os arts. 211º e 880º do CC à temática dos bens futuros. Um negócio sobre uma coisa futura apenas pode revestir natureza obrigacional. Ou seja, só há direitos reais sobre coisas atuais, presentes, que existam e estejam no poder do alienante, certas, determinadas e autónomas. Tudo isto resulta da leitura do art. 408º, nº 2 do CC – RUI PINTO DUARTE, *Curso de Direitos Reais*, ob. cit., pp. 37-41. Contudo, uma coisa relativamente futura (existe, mas não se encontra em poder do alienante) poderá ser objeto do direito real em duas situações: uma é a proteção de terceiros que o registo visa proteger e a outra é a proteção conferida pelos arts. 243º e 291º do CC.

124 Segundo o art. 1524º do CC, “o direito de superfície consiste na faculdade de construir ou manter, perpétua ou temporariamente, uma obra em terreno alheio, ou de nele fazer ou manter plantações”. O proprietário de um terreno concede o direito de superfície sobre o imóvel ao futuro locador em troca de uma dada quantia, sendo que este direito será retransmitido pela sociedade locadora ao locatário (proprietário do terreno) de forma a que este possa desfrutar do bem construído pelo locador como arrendatário, mediante o pagamento de prestações de carácter fracionado. Decorrido o período contratual, o locatário poderá exercer o direito de aquisição, readquirindo desta forma o bem imóvel por analogia, isto é, o bem sobre o qual incide o direito real de superfície. Este direito de superfície tanto poderá incidir sobre bens imóveis em construção, como poderá incidir sobre imóveis já construídos – MATILDE PACHECO CAÑETE, *El contrato de lease-back*, ob. cit., pp. 108-110. O nosso direito de superfície tanto pode ter por objeto obras como plantas – RUI PINTO DUARTE, *Curso de Direitos Reais*, Estoril, Principia, 2007, p. 183. De referir que o DL nº 149/95 menciona no seu art. 2º, nº 2 que “quando o locador construa, em regime de direito de superfície, sobre terreno do locatário, este direito presume-se perpétuo, sem prejuízo da faculdade de aquisição pelo proprietário do solo, nos termos gerais”.

125 MATILDE PACHECO CAÑETE, *El contrato de lease-back*, ob. cit., p. 102.

atraso poderá acarretar alguns prejuízos para o locatário, os quais, eventualmente, poderão ser de monta.

Na celebração de um contrato desta natureza poderá ser aposta uma cláusula que permita ao locador exonerar-se da responsabilidade decorrente da não entrega do bem em tempo útil¹²⁶. Estamos em crer que tal cláusula será abusiva e, conseqüentemente, nula por força do disposto nos arts. 12º e 18º, al. c), do DL nº 446/85, de 25 de Outubro que, como é sabido, instituiu o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais¹²⁷. Esta cláusula, se bem vemos, ultrapassa os limites do razoável na medida em que exclui, de modo direto, a responsabilidade do locador por incumprimento definitivo (não entrega do bem), configurando-se o comportamento do locador como doloso. Sendo assim, o locador deverá indemnizar o locatário dos danos decorrentes da omissão de entrega ou do atraso na entrega do bem¹²⁸. Além disto, a

126 Quer o contrato de locação financeira, quer o contrato de locação financeira repositiva são contratos de adesão – FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Manual da locação financeira*, ob. cit., p. 29 e MATILDE PACHECO CAÑETE, *El contrato de lease-back*, ob. cit., p. 125. Segundo o Ac. do TRG, de 15 de Novembro de 2007 (relator: AUGUSTO CARVALHO), “contrato de adesão é aquele em que umas das partes, normalmente uma empresa de apreciável dimensão, formula unilateralmente as cláusulas negociadas (no comum dos casos, fazendo-as constar de um impresso ou formulário) e a outra parte aceita essas condições, mediante a adesão ao modelo ou impresso que lhe é apresentado, não sendo possível modificar o ordenamento negocial apresentado”. Este acórdão poderá ser consultado no site www.dgsi.pt. Ou seja, as cláusulas contratuais encontram-se pré-elaboradas pelo locador, limitando-se o locatário a elas aderir. Nos formulários podemos encontrar desde cláusulas relativas ao início de vigência da locação e à entrega do equipamento, até cláusulas que isentam a locadora de responsabilidade. No entanto, tais cláusulas poderão estar feridas de nulidade por se revelarem manifestamente desproporcionais. As estipulações em questão encontram-se sujeitas ao regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, o Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro.

127 MATILDE PACHECO CAÑETE considera a cláusula em questão abusiva e que a mesma coloca em causa o princípio da equivalência das prestações nos contratos onerosos. Contudo, poderá admitir-se a validade de tal cláusula desde que se estipule que o locatário possa subrogar-se nos direitos do locador, o que lhe permitirá o exercício de todos os direitos que a sociedade locadora goza perante a empresa construtora. Apesar de exercer um papel de mero intermediário financeiro, o locador tem ao seu dispor todos os meios de reacção perante o incumprimento do fornecedor. O mesmo se dirá do locatário que embora não participe no contrato celebrado entre locador e fornecedor, poderá pedir responsabilidades a este último quando ocorra um atraso na entrega do bem. A mesma autora faz referência à Convenção do Unidroit sobre locação financeira internacional, aprovada em Otava em 28 de Maio de 1998, para reforçar a sua posição. O art. 8º, nº 1, al. a) desta Convenção refere que salvo disposição em contrário, o locador não poderá incorrer em qualquer responsabilidade para com o locatário no que diz respeito ao bem no seu todo. O locador só responderá nos casos em que cause prejuízos ao locatário, nomeadamente nas situações em que proceda erradamente à escolha do fornecedor ou adquira um bem diverso do pretendido pelo utente; o locador está obrigado a contratar nos termos e segundo as indicações definidas pelo locatário – art. 9º, nº 1, al. a) do DL nº 149/95. De acordo com o art. 12º, nº 5 da mesma Convenção, o locatário não poderá agir judicialmente contra o locador em caso de omissão da entrega do bem, atraso na entrega do mesmo ou entrega de um bem desconforme, a não ser que tais atos tenham sido da responsabilidade do locador – *El contrato de lease-back*, ob. cit., pp. 130-132.

128 NUNO PINTO OLIVEIRA, *Cláusulas acessórias ao contrato: cláusulas de exclusão e de limitação do dever de indemnizar e cláusulas penais*, Coimbra, Almedina, 2005 (2ª edição), p. 13 e pp. 22-33. O Ac. do TRL, de 10 de Abril de 2008 (relator: EZAGUY MARTINS) pronunciou-se sobre esta questão no âmbito de um contrato de locação financeira. Uma das cláusulas contratuais gerais que constava do contrato de locação financeira e exonerava a sociedade locadora da responsabilidade pela não entrega do bem ao utente foi considerada nula ao abrigo dos arts. 12º e 18º, al. c) do DL nº 446/85. A Relação de Lisboa entendeu que o locador se encontra adstrito à entrega do bem, podendo o locatário exercer junto daquele os mecanismos jurídicos decorrentes da omissão de tal entrega. Já tivemos oportunidade de referir que o

cláusula em questão contraria a ordem pública e os bons costumes (art. 280º, nº 2 do CC) e é atentatória do princípio da boa fé (art. 762º, nº 2 do CC)¹²⁹.

No entanto, entendemos que o regime a aplicar neste caso será o regime jurídico da ordinária locação financeira, ou seja, é sobre o empreiteiro que recai a obrigação de proceder à entrega do imóvel ao locatário. Repare-se que não é ao locador que compete entregar o bem, mas sim ao construtor. Por uma questão de simplificação e analogia, deve observar-se, neste caso, o disposto no Decreto-Lei nº 149/95 de forma a darmos uma resposta a este problema.

O que dissemos anteriormente sobre a questão de saber quem é responsável pela entrega do bem ao locatário num mero contrato de locação financeira, vale *mutatis mutandis* para idêntica hipótese no âmbito da locação financeira restitutiva. O locatário poderá socorrer-se então do previsto nos arts. 12º e 13º do DL nº 149/95 para fazer valer os seus direitos, bem como para pedir uma indemnização ao empreiteiro em virtude dos prejuízos que tenha sofrido por não ter recebido o bem ou por tê-lo recebido em data posterior à acordada.

Note-se que neste tipo de negociação poderá igualmente ser incluída uma cláusula que permita ao locador exonerar-se da responsabilidade por vícios de facto do bem locado. No esquema normal de locação financeira restitutiva o locatário financeiro seria o único responsável, pois acumularia em simultâneo as funções de fornecedor e utente do bem locado. Deste modo, o locatário não poderia dirigir-se a nenhum sujeito caso o bem apresentasse defeitos. Seria legítimo da parte do locador eximir-se à responsabilidade por vícios ou defeitos do bem.

Contudo, nas novas hipóteses de locação financeira de retorno apresentadas por nós, não seria, na nossa perspetiva, apropriado e justo conceder ao locatário o gozo de um bem defeituoso. O utente pretende tirar o máximo de proveito do bem na sua atividade comercial, sendo que a existência de defeitos ou vícios nesse mesmo bem poderá condicionar o exercício da sua atividade comercial. Entendemos, deste modo, que a responsabilidade decorrente da entrega de um bem com defeitos recairá sobre o locador ou empreiteiro e nunca sobre o locatário, sujeito este alheio à relação contratual estabelecida entre locador e empreiteiro que conduzirá à construção do imóvel.

locador não é responsável pela entrega do bem ao locatário, mas sim o fornecedor/vendedor. No contrato de locação financeira o locatário deve dirigir-se ao fornecedor, pois é este que se encontra vinculado à entrega do bem locado. Esta decisão encontra-se disponível no site www.dgsi.pt.

129 O Ac. do STJ, de 28 de Outubro de 1993 (relator: FERNANDO FABIÃO) considerou nula uma cláusula contratual geral que permitia ao locador ficar com a propriedade do bem locado e todas as rendas, vencidas e vincendas em caso de resolução do contrato. O STJ sustentou que tal estipulação violava o disposto nos arts. 762º, nº 2, 334º e 280º, nº 2, todos do CC.

Esta estipulação contida no contrato de *lease-back* será considerada nula pelas mesmas razões que consideramos nula a cláusula anterior. É que o locatário ficaria completamente desamparado caso não pudesse reagir judicialmente contra qualquer um dos sujeitos envolvidos no esquema contratual¹³⁰.

Entendemos que o locador não é responsável perante o locatário pelos defeitos da coisa. Julgamos ser aplicável a esta situação o regime jurídico do contrato de locação financeira, ou seja, o Decreto-Lei nº 149/95. Este regime é perfeitamente adequado a esta hipótese de locação financeira restitutiva. Segundo o art. 13º, nº 1, do DL nº 149/95, “o locatário pode exercer contra o empreiteiro, quando disso seja caso, todos os direitos relativos ao bem locado ou resultantes do contrato de empreitada”. Apesar de não participar na celebração do contrato de empreitada entre locador e construtor, o locatário poderá exercer aqueles direitos contra o empreiteiro por via da sub-rogação legal (arts. 592º, nº 1 e 593º, nº 1 do CC). A figura da sub-rogação legal permitirá ao locatário exercer todos os direitos do comprador em face do empreiteiro nesta situação concreta¹³¹.

Ademais, também pode ser incluída no contrato de locação financeira restitutiva uma cláusula que permita ao locador resolver o contrato por falta de pagamento de uma ou mais prestações de renda por parte do locatário¹³². Ora, o art. 17º do DL nº 149/95 determina, em traços gerais, que a resolução pode resultar do incumprimento das obrigações do locatário. E à resolução do contrato de locação financeira são aplicáveis os arts. 432º e ss. do CC e os pressupostos para o exercício do direito de resolução são os constantes do art. 801º do mesmo diploma.

130 Numa decisão, datada de 24 de Junho de 1999, o TS Es. entendeu que a cláusula em questão era abusiva e excessivamente onerosa. Consequentemente, tal estipulação foi declarada nula – *El contrato de lease-back*, ob. cit., pp. 133-134.

131 Falamos do direito de denúncia dos defeitos perante o cumprimento defeituoso (art. 1220º do Código Civil), da redução do preço e resolução do contrato (art. 1222º do Código Civil), caso não sejam eliminados os defeitos ou não se proceda a nova obra. De acordo com o art. 1223º do Código Civil, “o exercício dos direitos conferidos nos artigos antecedentes não exclui o direito a ser indemnizado nos termos gerais”. O art. 1225º, nº 2 refere ainda que “a denuncia, em qualquer dos casos, deve ser feita dentro do prazo de um ano e a indemnização deve ser pedida no ano seguinte à denúncia”. No ordenamento jurídico espanhol não está prevista a possibilidade de sub-rogação legal quer nos contratos de *leasing*, quer nos contratos de *lease-back*. Apenas é permitida a sub-rogação convencional neste tipo de contratos, ou seja, o locatário dirige-se ao construtor somente nos casos em que se estipule nesse sentido numa das cláusulas constantes do contrato de locação financeira restitutiva. O art. 1209º do CC Es. é elucidativo no que diz respeito a esta questão, pois refere que a sub-rogação de um terceiro nos direitos do credor não pode ser presumida fora dos casos expressamente previstos pela lei e nos demais casos deve proceder-se a um pacto que estabeleça a possibilidade de sub-rogação nos direitos do credor. As decisões do Tribunal Supremo de 26 de Fevereiro de 1996 e 24 de Maio de 1999 consideraram que a sociedade locadora não responde pelo bom funcionamento do objeto locado, mas sim o fabricante – *El contrato de lease-back*, ob. cit., pp. 134-135.

132 FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Manual da locação financeira*, ob. cit., pp. 172-176 e MATILDE PACHECO CAÑETE, *El contrato de lease-back*, ob. cit., pp. 137-138. O locatário tem a seu cargo a obrigação de pagar as rendas (art. 10º, nº 1, al. a) do DL nº 149/95).

De notar que o regime jurídico da locação financeira não faz qualquer referência aos efeitos da resolução por incumprimento do locatário. Inversamente, as cláusulas contratuais gerais apostas nos contratos de locação financeira e locação financeira restitutiva regulam pormenorizadamente tais consequências, sobretudo no caso de não pagamento de uma ou mais prestações de renda.

Com efeito, as cláusulas contratuais gerais inseridas num contrato de *lease-back* podem prever um conjunto de deveres a cargo do locatário, tais como:

obrigação de restituição imediata do bem;

obrigação de pagamento das rendas vencidas e não pagas até à data da resolução acrescida dos correspondentes juros de mora;

e obrigação de pagamento de uma quantia igual a 20% da soma das rendas vincendas à data da resolução.

Naturalmente, o locatário perde as rendas vencidas e já pagas por força do disposto no art. 434º, nº 2, 1ª parte do CC¹³³.

As duas primeiras cláusulas são perfeitamente válidas e aceites sem mais pela doutrina. Não são colocados, assim, quaisquer entraves à admissibilidade das mesmas¹³⁴. Caso o bem não seja restituído no período previsto, como se sabe, dispõe o locador de um meio eficaz para o resgatar: a providência cautelar de entrega judicial (art. 21º do DL nº 149/95). Além de que ainda pode haver lugar ao ressarcimento dos danos causados em virtude da não restituição do bem ou restituição extemporânea do mesmo.

Já o atraso no pagamento da renda não permite ao locador resolver de imediato o contrato. Este retardamento origina somente a mora. Deve, pois, o locador transformar a mora em incumprimento definitivo (art. 808º, nº 1 do CC) de modo a poder resolver o contrato. Na maioria das situações, medeia um determinado período de tempo até que o locador transforme a mora em incumprimento definitivo, embora o possa fazer de imediato. Contudo, pode ser do interesse do locador deixar correr o tempo, pois até à data da resolução é o locatário quem suporta não só o pagamento das rendas vencidas e não pagas, como também os respetivos juros moratórios¹³⁵.

133 FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Manual da locação financeira*, ob. cit., p. 177, nota 430 e p. 180.

134 FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Manual da locação financeira*, ob. cit., pp. 177-180 e MATILDE PACHECO CAÑETE, *El contrato de lease-back*, ob. cit., p. 139.

135 FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Manual da locação financeira*, ob. cit., p. 179.

O CC prevê no seu art. 801º, nº 2 que nos contratos bilaterais pode acrescer à resolução do contrato uma indemnização pelos prejuízos sofridos. A cláusula que contempla o pagamento de uma importância igual a 20% da soma das rendas vincendas à data da resolução¹³⁶ visa ressarcir esses danos sofridos pelo locador. Estamos, como se sabe, diante de uma cláusula penal¹³⁷. Resta-nos, no entanto, averiguar se esta cláusula pode ser considerada abusiva e consequentemente declarada nula.

Uma estipulação com aquela configuração deverá ser qualificada como uma cláusula penal em sentido estrito do tipo compulsório ou coercitivo¹³⁸. Com frequência porém, os locatários acabam por socorrer-se do estabelecido no art. 19º, al. c) do DL nº 446/85 e no art. 812º, nº 1 do CC para contestar a admissibilidade de tal cláusula. Aquele preceito determina que “são proibidas, consoante o quadro negocial padronizado, designadamente, as cláusulas contratuais gerais que consagrem cláusulas penais desproporcionadas aos danos a ressarcir”. Já o art. 812º, nº 1 dispõe que “a cláusula penal pode ser reduzida pelo tribunal, de acordo com a equidade, quando for manifestamente excessiva, ainda que por causa superveniente”.

Sendo o contrato de locação financeira um contrato de adesão, qualquer das referidas normas pode ser em concreto aplicada¹³⁹. O mesmo se dirá do contrato de locação financeira retributiva. No entanto, temos de averiguar, caso a caso, se a cláusula é ou não desproporcionada.

136 *Idem*, pp. 180-181 e p. 184, nota 453.

137 Define-se a cláusula penal como uma “estipulação por que o devedor promete ao seu credor uma prestação para o caso de não cumprir ou de não cumprir perfeitamente a obrigação” – NUNO PINTO OLIVEIRA, *Cláusulas acessórias ao contrato*, *ob. cit.*, p. 63. Esta definição engloba as cláusulas penais indemnizatórias, as cláusulas penais compulsórias e as cláusulas penais em sentido estrito ou propriamente ditas – *Cláusulas acessórias ao contrato*, *ob. cit.*, pp. 63-71. Ainda de acordo com o autor, “a resolução não aniquila, não extingue, toda a relação contratual, pelo que não há nenhuma contradição lógica entre resolver o contrato e reclamar a indemnização dos danos decorrentes do não cumprimento” – *Cláusulas acessórias ao contrato*, *ob. cit.*, p. 104. FERNANDO DE GRAVATO MORAIS entende que a cláusula em questão é uma cláusula penal e que não está aqui em causa o pagamento de quaisquer prestações vincendas – *Manual da locação financeira*, *ob. cit.*, p. 184.

138 FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Manual da locação financeira*, *ob. cit.*, p. 186. O autor considera que esta estipulação não tem por função liquidar a indemnização, antes substituindo-a sendo que o valor que subjaz à cláusula é superior ao dos danos previsíveis.

139 Num primeiro momento, NUNO PINTO OLIVEIRA sugere que o art. 812º, nº 1 é aplicável nos contratos negociados (aqui as cláusulas penais excessivas são em princípio válidas, sendo corrigidas através da redução da pena, “de acordo com a equidade”, enquanto que o art. 19º, al. c) é empregue nos contratos de adesão (neste caso, as cláusulas penais excessivas “desproporcionadas aos danos a ressarcir” são inválidas – art. 12º do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais). Ou seja, “nos contratos por adesão, as cláusulas penais desproporcionadas ou excessivas são eliminadas através da declaração de nulidade da cláusula e da substituição da pena por uma indemnização estabelecida nos termos gerais” – *Cláusulas acessórias ao contrato*, *ob. cit.*, pp. 165-166. No entanto, o autor acaba por sustentar uma interpretação restritiva do art. 19º, al. c) do DL nº 446/85 na medida em que, “existindo desproporção entre a pena e os prejuízos previsíveis no momento em que a declaração negocial é emitida, aplicar-se-iam os arts. 12º e 19º, al. c), do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, pelo que a cláusula penal seria inválida; existindo desproporção entre a pena e os prejuízos provocados pelo incumprimento, aplicar-se-ia o art. 812º do Código Civil: a cláusula penal seria válida, a pena seria reduzida” – *Cláusulas acessórias ao contrato*, *ob. cit.*, p. 169. Desta forma, o art. 812º também é aplicável aos contratos de adesão – FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Manual da locação financeira*, *ob. cit.*, p. 187.

A este propósito, os nossos tribunais já se pronunciaram curiosamente, quer no sentido da admissibilidade, quer no sentido da inadmissibilidade da cláusula penal objeto de estudo.

Vejamos com mais detalhe:

De acordo com algumas decisões jurisprudenciais, a cláusula penal em análise é considerada adequada aos danos a ressarcir¹⁴⁰. O princípio geral deverá ser o da sua validade.

A Relação de Lisboa, em decisão datada de 20 de Maio de 2003 (relator: Roque Nogueira), justifica a admissibilidade da percentagem encontrada com os “elevados encargos financeiros suportados com a aquisição do equipamento”¹⁴¹. A mesma instância, numa decisão tomada a 10 de Outubro de 1995 (relator: Bento Lopes), justifica a validade da cláusula penal com o facto de “o locador ter mais a ganhar com o cumprimento do que com o incumprimento”. Ainda é referido no mesmo acórdão que “a utilização dos bens pode tornar estes imprestáveis, sem que o locador tenha possibilidade de lhes dar segunda utilização”¹⁴².

Em sentido oposto, encontramos, designadamente os acórdãos do TRL, de 3 de Fevereiro de 1994 (relator: Tomé de Carvalho) e 19 de Maio de 1992 (relator: Machado Soares)¹⁴³. Estas duas decisões consideraram nula a cláusula penal estipulada por força do disposto nos arts. 12º e 19º, al. c) do DL nº 446/85. No primeiro aresto, entendeu-se e decidiu-se que o direito do locador a ser ressarcido pelos danos causados “se encontra suficientemente acautelado nas restantes cláusulas do contrato” e “extinto o contrato, como é da essência da resolução, o locatário não mais está obrigado a pagar as prestações a vencer no futuro”¹⁴⁴, enquanto que na segunda decisão afirma-se que “forçoso é concluir que não visando... um encargo indemnizatório, a sua função é meramente coercitiva e daí que se deva considerá-la como ferida de nulidade, nos termos das disposições combinadas dos arts. 12º e 19º, al. c)”¹⁴⁵.

Quanto a nós, não se afigura nula a cláusula penal em questão. A nosso ver, não se vislumbra que o seu conteúdo seja desproporcionado aos danos a ressarcir e seja ofensivo dos bons costumes. Caso o locatário pretenda valer-se da desproporção que importa a nulidade da cláusula, deverá demonstrar os factos que demonstram a desproporção produzindo prova nesse

140 Falamos do Ac. do TRP, de 9 de Abril de 2002 (relator: MARQUES DE CASTILHO) e do Ac. do TRL, de 24 de Setembro de 1998 (relator: SILVA PEREIRA) – FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Manual da locação financeira, ob. cit.*, pp. 187-188, nota 468. Estas decisões podem ser consultadas no site www.dgsi.pt.

141 *Idem*, p. 188, nota 469. Este acórdão pode ser consultado no site www.dgsi.pt.

142 *Idem*, pp. 188-189, nota 471. Esta decisão pode ser encontrada no site www.dgsi.pt.

143 *Idem*, p. 189, notas 473 e 474. Os acórdãos podem ser consultados no site www.dgsi.pt.

144 *Idem*, p. 189.

145 *Idem*, p. 189, nota 474.

sentido (art. 342º, nº 2 do CC)¹⁴⁶. Estamos em crer que a cláusula penal estipulada, em regra, é perfeitamente válida. De referir ainda que a cláusula pode ser reduzida segundo a equidade, caso se considere existir desproporcionalidade. Todavia, em princípio, mostra-se adequada a cláusula penal prevista no contrato de locação financeira em relação aos danos efetivamente sofridos pelo locador¹⁴⁷. O mesmo deve valer, sem qualquer especialidade, para o contrato de locação financeira restitutiva.

É de referir que, em Espanha, é discutida a viabilidade da aplicação da Lei de usura aos contratos de *sale and lease-back*. Esta lei data de 23 de Julho de 1908 e tem como objetivo perseguir e condenar as práticas usurárias¹⁴⁸. A circunstância de o contrato de *lease-back* ser enquadrado como um contrato de adesão pode ser decisiva no que concerne à aplicação de tal lei ao contrato que temos vindo a curar. Como tivemos ocasião de assinalar, os contratos de adesão permitem que uma das partes estabeleça de forma unilateral as cláusulas contratuais, limitando-se a outra a elas aderir; estas estipulações são elaboradas, como é sabido, sem prévia negociação individual.

Esta prática negocial pode trazer, inevitavelmente, consigo resultados nefastos na medida em que, a parte aparentemente mais fraca desta relação contratual, o locatário, poderá ser levada a aceitar o conteúdo das cláusulas em questão por uma questão de necessidade. A necessidade do locatário em obter liquidez, bem como a possibilidade de poder usufruir do bem mesmo após a sua venda, poderão levá-lo a concluir um contrato de locação financeira restitutiva integrado por cláusulas manifestamente desajustadas e abusivas.

Ora, o art. 9º da Lei de usura, de 23 de Julho de 1908, estabelece que o disposto na presente legislação se aplica a todas as operações equivalentes a um empréstimo de dinheiro, independentemente da forma que revista o contrato e garantia que tenha sido dada¹⁴⁹. A locação

146 *Idem*, p. 190, nota 475. Neste sentido, o Ac. do TRL, de 13 de Fevereiro de 1997 (relator: CUNHA BARBOSA), disponível no site www.dgsi.pt.

147 *Idem*, p. 190, nota 477. Neste sentido, a decisão do TRL, de 15 de Dezembro de 2005 (relator: OLINDO GERALDES), disponível no site www.dgsi.pt. À partida, a pena prevista não se mostra manifestamente excessiva nem exagerada. Matilde Pacheco Cañete refere que a inclusão de cláusulas num contrato de *lease-back* é perfeitamente admissível ao abrigo do princípio da autonomia privada (art. 1255º do CC Es.), embora esteja sujeita à moderação por parte dos tribunais (art. 1154º do CC Es.) – *El contrato de lease-back*, *ob. cit.*, p. 139.

148 MATILDE PACHECO CAÑETE, *El contrato de lease-back*, *ob. cit.*, p. 127. O art. 1º da Lei de usura estabelece os requisitos de que depende a sua aplicação, caso a caso. Este normativo refere-se às situações em que alguém pretende explorar a situação de necessidade de outrem, bem como o seu estado mental e a sua inexperiência na celebração de negócios jurídicos para daí retirar dividendos injustificados ou desproporcionais. O contrato é considerado nulo caso se encontrem preenchidos alguns desses pressupostos.

149 *Idem*, p. 128.

financeira repositiva não permite fazer “esconder” um empréstimo garantido por penhor ou hipoteca, como já tivemos oportunidade de explicar anteriormente.

De qualquer forma, as decisões das instâncias jurídicas espanholas não são esclarecedoras quanto a esta temática, excetuando a decisão do Tribunal Supremo, de 17 de Março de 1998, na qual se refere explicitamente que a Lei de usura não é aplicável ao contrato de *leasing*, na sua modalidade de *lease-back*, por este não configurar um contrato de empréstimo garantido por penhor ou hipoteca ou qualquer outra garantia real. Este tribunal entendeu que o recurso ao contrato de *leasing* se prende por razões de ordem fiscal e de financiamento, além de referir que tal contrato tem uma causa distinta e encontra plena justificação na lei¹⁵⁰.

Na doutrina deste país, Matilde Pacheco Cañete defende que o preceituado no art. 9º da Lei de usura deve ser interpretado em sentido amplo e como tal, aplicável quer ao contrato de *leasing*, quer ao contrato de *lease-back*. Apesar de considerar que quer o contrato de *leasing*, quer o contrato de *lease-back* não configuram contratos de empréstimo, a autora sustenta que os contratos visados poderão ser considerados nulos por força do disposto no artigo 9º da referida disposição legal¹⁵¹. A parte mais fraca, o locatário, pode socorrer-se da aplicação desta norma e evitar desta forma a celebração de um negócio desvantajoso para os seus interesses que julgava estarem salvaguardados.

Não nos foi possível encontrar uma única decisão dos tribunais portugueses nesta matéria, quer no sentido da aplicabilidade do art. 282º do CC aos contratos de locação financeira repositiva, quer no sentido da inaplicabilidade de tal norma aos contratos supra mencionados (determina o art. 282º, nº 1 do CC que “é anulável, por usura, o negócio jurídico, quando alguém, explorando a situação de necessidade, inexperiência, ligeireza, dependência, estado mental ou fraqueza de carácter de outrem, obtiver deste, para si ou para terceiro, a promessa ou a concessão de benefícios excessivos ou injustificados”).

Estamos a falar de mais uma figura jurídica que poderá colocar em causa a validade da locação financeira repositiva. Como já tivemos ocasião de aprofundar, o outro mecanismo

150 *Idem*, pp. 129-130.

151 *El contrato de lease-back*, ob. cit., pp. 129-130. MARÍN LÓPEZ considera aplicável a Lei de Usura ao contrato de *lease-back* por sustentar que o mesmo configura um contrato de empréstimo de dinheiro assegurado através da venda do bem imóvel que é objeto do contrato a título de garantia e desde que se encontrem preenchidos os requisitos de que depende a sua aplicação ao caso em concreto. O mesmo autor critica a decisão do TS Es. de 17 de Março de 1998, por considerar que esta instância se limitou a analisar a segunda parte da operação de *lease-back* (correspondente à celebração do contrato de locação financeira) e não a operação no seu todo, desconhecendo que o contrato de *lease-back* encobre um empréstimo assegurado através de uma garantia real – “El arrendamiento financiero”, ob. cit., p. 1054.

jurídico usado por alguma doutrina para contestar a admissibilidade do *lease-back* (a proibição legal do pacto comissório) revelou-se infrutífero na medida em que o contrato de locação financeira repositiva não ofende a proibição do pacto comissório. Contudo, este esquema contratual pode ser utilizado em algumas situações para esconder um verdadeiro pacto comissório.

Consideramos, contudo, não ser aplicável ao contrato de locação financeira de retorno o preceituado no art. 282º. E isto porque o negócio usurário só existe quando, cumulativamente, se verifiquem os respetivos requisitos subjetivos (a exploração de uma situação de necessidade, inexperiência, ligeireza, dependência, estado mental ou fraqueza de carácter de outrem) e objetivos (benefícios excessivos ou injustificados)¹⁵².

Na jurisprudência, pode consultar-se o acórdão do TRL, de 25 de Janeiro de 1994, que considerou que não se aplicava o disposto no art. 282º a um contrato de locação financeira celebrado entre duas sociedades, tendo a sociedade locatária constituído quatro fiadores¹⁵³. No caso em concreto não se demonstrou a obtenção de benefícios excessivos ou injustificados por parte da locadora (não se encontram preenchidos os requisitos objetivos). Mais a mais, os requisitos subjetivos não se encontravam igualmente preenchidos e, mesmo que se encontrassem, de nada valeria pois exige-se, como é consensual, o preenchimento cumulativo dos dois tipos de requisitos para que possa operar o disposto no art. 282º.

A Relação julgou não estar diante de uma situação de necessidade, pois tal situação verifica-se somente em casos de vida ou de morte e nada permitiu concluir que a locatária se encontrava em tal situação de necessidade¹⁵⁴. Trata-se de “uma situação que coarta a liberdade

152 CARLOS ALBERTO MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005 (4ª edição), pp. 535-537.

153 Esta decisão encontra-se disponível no site www.dgsi.pt.

154 Para HEINRICH EWALD HÖRSTER, “uma situação de necessidade existe quando dificuldades avultadas de uma pessoa provocam a necessidade imperiosa para ela de obter uma prestação para se libertar daquelas dificuldades. Não apenas dificuldades económicas muito sérias (p. ex., desemprego), mas também graves inconveniências de natureza política, social, habitacional ou estritamente pessoal (p. ex., a pendência de um processo criminal) podem estar na origem de uma situação de necessidade” – *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria geral do direito civil*, Coimbra, Almedina, 1992, p. 557.

Encontrando-se o locatário no desemprego, facilmente seria tentado a celebrar um contrato de locação financeira repositiva. O locador, aproveitando-se da situação desesperante do locatário, poderia retirar daí grandes benefícios, ainda que injustificados, na medida em que lhe seria possível adquirir um imóvel bem abaixo do valor de mercado ao locatário que nada poderia fazer senão aceitar a proposta e utilizar o montante resultante da venda para poder fazer face aos encargos diários a até lançar-se em novos projetos empresariais. Nestas situações já seria possível aplicar o disposto no art. 282º aos contratos de *lease-back*, caso estivessem reunidos os pressupostos objetivos e subjetivos de que depende a sua aplicação. O locatário ainda poderia pedir uma indemnização nos termos gerais em virtude dos prejuízos sofridos decorrentes da celebração do contrato. A sanção cominada é apenas a anulabilidade. Contudo, nada exclui a possibilidade de aplicação ao caso do art. 280º, nº 2. Com efeito, um negócio com as características mais vinculadas de um negócio usurário pode ser qualificado como sendo contrário à ordem

do declarante” e a locatária não se encontrava em tal situação de necessidade. Também nada levou a concluir que os sócios-gerentes da sociedade locatária fossem pessoas inexperientes, sofram de ligeireza e fraqueza de carácter ou tenham assinado o contrato em estado de dependência ou de alteração do seu estado mental. Tais atributos são, considerou-se, incompatíveis com o desempenho de cargos daquela natureza.

Estamos em crer que o que foi dito em relação à possível aplicação do art. 282º ao contrato de locação financeira, vale para as situações em que estejamos na presença de um contrato de *lease-back*. Em princípio, não será aplicável o disposto no art. 282º, quer ao contrato de locação financeira, quer ao contrato de locação financeira de retorno, salvo demonstração inequívoca do preenchimento dos necessários requisitos legais desta figura a realizar por parte do locatário.

1.2. RISCO DE PERDA E RISCO DE DETERIORAÇÃO DA COISA

Cumpre agora abordar o problema de saber sobre quem impende o risco de perda ou o risco de deterioração do bem locado e quais as consequências que daí advêm para o contrato de locação financeira restitutiva e para os respetivos contraentes, partindo da análise efetuada quando estamos diante de um contrato de locação financeira¹⁵⁵.

Dispõe o art. 15º do DL nº 149/95 que, “salvo estipulação em contrário, o risco de perda ou deterioração do bem corre por conta do locatário”.

As próprias cláusulas contratuais constantes de um contrato de locação financeira traduzem, por regra, esta orientação. O locatário suporta entre outros, os riscos de destruição, de furto, de roubo, de inundação, de explosão, de desgaste prematuro ou anormal do bem locado pelo valor de reposição¹⁵⁶. Esta opção legislativa prende-se, seguramente, com o facto de o locatário ser o proprietário económico da coisa. Acresce que o locatário desfruta do bem na vigência do contrato e suporta, em simultâneo, os custos com a sua manutenção e com a sua

pública e aos bons costumes, aplicando-se-lhe deste modo a sanção da nulidade. De notar que o negócio usurário pode constituir simultaneamente um crime – art. 284º do CC e art. 226º do Código Penal.

155 FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Manual da locação financeira*, ob. cit., pp. 163-168.

156 *Idem*, p. 163. Na prática estrangeira são correntes as cláusulas deste género. Em Itália, ALESSANDRO MUNARI, “Il leasing finanziario nella teoria dei crediti di scopo”, ob. cit., p. 294 e em Espanha, MATILDE PACHECO CAÑETE, *El contrato de lease-back*, ob. cit., pp. 135-136. Esta última autora faz referência ao uso deste tipo de cláusulas nos contratos de *lease-back*.

conservação (art. 10º, nº 1, als. e) e f) do DL nº 149/95), assim como todos os encargos a ele relativos.

Ou seja, os riscos relativos ao gozo do bem ficam a cargo do locatário financeiro. Realce ainda para o facto de a propriedade jurídica da coisa servir apenas para tutelar os específicos interesses do locador, designadamente o de assegurar o risco de inadimplemento do locatário, limitando-o ao financiamento concedido¹⁵⁷. O locatário não tem assim como escapar ao risco de perda ou risco de deterioração do bem, ainda que a causa da perda não lhe seja imputável. E isto porque é ele também quem tem a guarda do bem locado. O que foi dito vale também necessariamente para o contrato de *lease-back*.

Para fazer face à disciplina consagrada, a lei impõe, porém, ao locatário a obrigação de “efetuar o seguro do bem locado, contra o risco da sua perda ou deterioração e dos danos por ele provocados” – art. 10º, nº 1, al. j) do DL nº 149/95¹⁵⁸. A solução encontrada procura, deste modo, evitar o prejuízo económico do locador financeiro, visto que este é o beneficiário da indemnização a pagar pela seguradora, e obstar a um grave desequilíbrio contratual em prejuízo do locatário¹⁵⁹.

O locatário financeiro tem, pois, o dever de celebrar um contrato de seguro, na qualidade de tomador, com a entidade seguradora. Este seguro deve necessariamente cobrir na totalidade “o risco de perda ou deterioração do bem”.

No caso de perda total da coisa, são aplicáveis as regras do contrato de locação previstas no Código Civil, ou seja, o contrato de locação financeira restitutiva caduca “pela perda da coisa locada” – art. 1051º, al. e). Na maioria das situações, o clausulado contratual geralmente prevê que a resolução opera apenas para o futuro, tendo o locatário direito a receber o valor da indemnização paga pela companhia de seguros ao locador, deduzindo o montante global das prestações ainda devidas e do valor residual. Em relação ao pagamento dos valores em causa, o contrato estipula que o locador é o beneficiário da indemnização. Sendo assim, cabe-lhe receber diretamente da entidade seguradora a soma correspondente ao valor do bem. Ulteriormente, encontra-se adstrito a entregar ao locatário a quantia recebida, deduzida da

157 *Idem*, p. 164. ISABEL ANDRADE DE MATOS refere que na locação financeira restitutiva o locador não quer fruir do bem, mas sim conceder um financiamento e garantir o retorno do seu investimento, razão pela qual a manutenção do bem compete ao locatário financeiro no caso de *lease-back*. É também por essa razão que o risco de perecimento ou deterioração do bem corre por conta do locatário financeiro num contrato de locação financeira restitutiva – *O Pacto Comissório: Contributo para o estudo do âmbito da sua proteção*, *ob. cit.*, p. 200.

158 MATILDE PACHECO CAÑETE refere que é usual incluir nos contratos de locação financeira restitutiva cláusulas que obrigam o locatário a celebrar um contrato de seguro contra danos causados no bem locado – *El contrato de lease-back*, *ob. cit.*, pp. 136-137.

159 FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Manual da locação financeira*, *ob. cit.*, p. 165.

importância relativa às rendas vincendas e porventura da soma correspondente ao valor residual¹⁶⁰.

Por sua vez, em caso de mera deterioração da coisa, cabe ao locatário proceder à reparação ou à recuperação da coisa locada. Os custos decorrentes desta operação são da inteira responsabilidade do locatário. De referir que não lhe é permitido deixar de pagar as rendas estipuladas. Depois de comunicado o problema relacionado com o bem à entidade seguradora, por parte do locatário, deve, isso sim, o locador entregar a este a indemnização recebida de tal instituição (não está excluída, porém, a possibilidade do locatário subrogar-se na posição do locador e exigir, nessa sequência, diretamente da companhia de seguros a quantia indemnizatória)¹⁶¹.

Por fim, o contrato não se extingue em caso de mera deterioração da coisa. E isto porque, desde logo, as partes pretendem manter o contrato de locação financeira restitutiva, caso contrário não seria promovida a reparação do bem locado a qual é, de todo, incompatível com a resolução contratual.

1.3. DIREITO DE ESCOLHA DO LOCATÁRIO NO TERMO DO PRAZO

Decorrido o período de duração do negócio, assiste ao locatário um direito de escolha: ou adquire a coisa locada pelo seu “valor residual” (arts. 1º, 7º, 10º, nº 1, al. k) parte final e nº 2, al. f) e 21º, nº 1 do DL nº 149/95) ou, não o fazendo, cessa o contrato, pelo que deve restituir o bem ao locador (arts. 10º, nº 1, al. k), 1ª parte e 21º, nº 1 do DL nº 149/95). O propósito da lei parece ser o da repartição, o mais equitativa possível, pelos contraentes do risco de obsolescência do bem¹⁶².

Ainda existe, no entanto, uma terceira via à disposição do locatário: a possibilidade de prorrogação do negócio desde que exista acordo nesse sentido. Estamos perante uma típica obrigação alternativa em que a opção é deixada ao devedor. Trata-se de uma obrigação “em que o devedor fica adstrito a uma de duas ou mais prestações, consoante a escolha que vier a ser efetuada”¹⁶³.

¹⁶⁰ *Idem*, p. 167.

¹⁶¹ *Idem*, p. 168.

¹⁶² *Idem*, p. 231.

¹⁶³ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, Coimbra, Almedina, 1998 (9ª edição revista e atualizada), p. 856. FERNANDO DE GRAVATO MORAIS refere que “no caso em discussão, o locatário financeiro tem a faculdade de adquirir a coisa, mas também

Relativamente ao exercício do direito de aquisição, este está dependente do preenchimento de dois requisitos: por um lado, do pagamento de todas as prestações de renda e dos outros encargos previstos; por outro lado, do decurso do período temporal. Este direito de aquisição (como é sabido, trata-se em rigor de um direito potestativo) exige, por parte do locatário, uma posterior manifestação de vontade, que visa a aceitação do negócio no caso em concreto. Segundo o art. 9º, nº 1 do DL nº 149/95, o locador encontra-se obrigado a “vender o bem ao locatário, caso este queira, findo o contrato”. O exercício do direito de aquisição não se encontra detalhadamente regulado na lei pelo que, deve recorrer-se ao estipulado nas cláusulas contratuais. Em princípio, o locatário deve fazer uma comunicação ao locador financeiro por escrito até à data do vencimento da última renda¹⁶⁴.

Nesta sequência, procede-se à celebração de um novo e distinto negócio: um contrato de compra e venda. Uma vez que o bem já se encontra na esfera de facto do locatário, quer se trate de um contrato de locação financeira, quer se trate de um contrato de *lease-back*, o locador, naturalmente, não está vinculado à sua entrega. De realçar também que o locatário não está adstrito, naquela data, ao pagamento da totalidade do preço, mas tão só à entrega do “valor residual” ou do “preço estipulado” (art. 10º, nº 2, al. f), parte final do DL nº 149/95). Isto porque parte do preço já foi contabilizado e integrado nas rendas já pagas. Por regra, o locatário pretenderá readquirir a propriedade do bem no termo do prazo da locação financeira restitutiva (o bem, relembre-se, já lhe pertencia mesmo antes da celebração do contrato de *lease-back*).

No entanto, o locatário pode optar por não exercer o direito de aquisição. Neste caso, deve restituir o bem ao locador no final do contrato. É o que resulta do disposto no art. 10º, nº 1, al. k) do DL nº 149/95. Esta ideia encontra-se também expressa no art. 21º, nº 1, do DL nº 149/95, podendo ainda constatar-se o seu estabelecimento implícito no art. 7º, do mesmo diploma¹⁶⁵.

Caso o locatário não proceda à restituição do bem, o locador pode exigir o cumprimento do dever de restituição (socorrendo-se inclusivamente do procedimento cautelar especificado previsto no art. 21º do DL nº 149/95), bem como pedir uma indemnização que cubra os danos por si efetivamente sofridos por força do incumprimento do locatário.

dispõe da faculdade de não a adquirir, sendo que aqui o contrato caduca, estando ele vinculado à restituição da coisa” – *Manual da locação financeira*, ob. cit., p. 232. O autor não tem dúvidas em afirmar que se trata de uma obrigação alternativa.

164 FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Manual da locação financeira*, ob. cit., pp. 233-234.

165 *Idem*, p. 238.

Por fim, pode ser incluída nos contratos de locação financeira restitutiva, como supra se deixou adiantado, uma cláusula que permita a prorrogação do negócio. Estipula-se, dessa forma, que o locatário tem ainda a faculdade de propor ao locador o prolongamento do contrato (pode determinar-se que este convite a contratar feito pelo locatário seja exercido até ao momento do vencimento da última renda).

Naturalmente, assiste-se, nessa altura, a uma modificação do conteúdo do contrato, sobretudo no tocante ao nível do valor das rendas a pagar e a um novo prazo de duração do contrato¹⁶⁶.

1.4. PROVIDÊNCIA CAUTELAR DE ENTREGA JUDICIAL, EMBARGOS DE TERCEIRO E O REGIME DE INSOLVÊNCIA

O diploma que regulou pela primeira vez o regime jurídico da locação financeira (o DL n° 171/79, de 6 de Junho) não consagrava qualquer disposição específica que permitisse ao locador, de modo célere e eficaz, a restituição do bem locado nos casos de extinção do contrato por resolução ou pelo decurso do prazo.

A situação alterou-se com o DL n° 149/95. O art. 21° veio permitir ao locador requerer uma providência cautelar especificada. É de notar que este novo preceito se aplicou quer aos contratos de locação financeira anteriormente celebrados, quer às ações já instauradas em que não tenha sido decretada providência cautelar tendo em vista a entrega imediata do bem – art. 24°, n° 1 do DL n° 149/95 (e isto face à regra da aplicabilidade imediata das normas de natureza processual). No entanto, a providência cautelar especificada não podia ser requerida pelo locador nos contratos de locação financeira que tivessem por objeto bens imóveis – art. 21°, n° 9 do DL n° 149/95.

Com o DL n° 265/97 (diploma que alterou significativamente o texto do DL n° 149/95), procedeu-se ao afastamento da restrição inicialmente imposta, permitindo-se o emprego deste meio processual “a todos os contratos de locação financeira (incluindo o contrato de *lease-back*), qualquer que seja o seu objeto” – art. 21°, n° 8 do DL n° 149/95. O DL n° 30/2008 implicou mais uma alteração na epígrafe do art. 21° (de “providência cautelar de entrega judicial e

166 Para mais desenvolvimentos, FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Manual da locação financeira*, ob. cit., pp. 239-240.

cancelamento de registo” passou a “providência cautelar de entrega judicial”) e na quantidade de números que o constituem (de oito números, voltou a passar para nove números)¹⁶⁷.

Os pressupostos (cumulativos) de admissibilidade do procedimento cautelar resumem-se a três: um de carácter subjetivo e dois de carácter objetivo (art. 21º, nº 1 do DL nº 149/95). Começando pelo requisito subjetivo, podemos afirmar que o mecanismo em causa só pode ser usado pelo locador financeiro (art. 21º, nº 1). Os requisitos objetivos são:

- i. a resolução do contrato (pelo locador) ou a caducidade do contrato pelo decurso do prazo, com ressalva das situações em que o locatário exerceu regularmente o direito de aquisição perante o locador;
- ii. a não restituição da coisa ao locador (efetivo proprietário) por parte do locatário.

A consagração legal da providência cautelar de entrega judicial teve em vista a proteção do interesse patrimonial do locador, tentando evitar que advenham para este prejuízos de várias ordens no quadro da atividade empresarial que exerce. A não entrega da coisa ao locador implica que este não a possa, por exemplo, alienar a terceiro¹⁶⁸.

Este procedimento especificado de entrega imediata do bem locado tem alguns pontos de contacto com o procedimento cautelar comum previsto nos arts. 381º e ss. do CPC. Tanto num caso como noutro, exige-se que o requerente ofereça uma prova sumária dos factos alegados. O art. 387º, nº 1 do CPC determina que “a providência é decretada desde que haja probabilidade séria da existência do direito e se mostre suficientemente fundado o receio da sua lesão”. Por seu turno, o locador deve oferecer uma prova sumária dos requisitos de admissibilidade do procedimento cautelar de entrega judicial. Com efeito, o nº 4 do art. 21º do DL nº 149/95 estipula que “o tribunal ordenará a providência requerida se a prova produzida revelar a probabilidade séria da verificação dos requisitos referidos no nº 1, podendo, no entanto, exigir que o locador preste caução adequada”.

Deve assinalar-se que “o tribunal ouvirá o requerido sempre que a audiência não puser em risco sério o fim ou a eficácia da providência” – art. 21º, nº 3 do DL nº 149/95. O regime é em tudo semelhante ao princípio vigente no quadro das providências cautelares comuns (art. 385º, nº 1 do CPC)¹⁶⁹.

¹⁶⁷ *Idem*, pp. 241-242.

¹⁶⁸ *Idem*, pp. 243-246. O art. 7º do DL nº 149/95 refere que “findo o contrato por qualquer motivo e não exercendo o locatário a faculdade de compra, o locador pode dispor do bem, nomeadamente vendendo-o ou dando-o em locação ou locação financeira ao anterior locatário ou a terceiro”.

¹⁶⁹ Determina-se no art. 385º, nº 1 que “o tribunal ouvirá o requerido, exceto quando a audiência puser em risco sério o fim ou a eficácia da providência”.

Contudo, o procedimento especificado de entrega imediata da coisa locada diverge do procedimento cautelar comum em determinados aspectos. Senão vejamos.

O locador não necessita de alegar nem de demonstrar o justificado receio da sua lesão. Tal receio é presumido por lei, independentemente do tipo de bem em causa¹⁷⁰. De acordo com o art. 381º, nº 1 do CPC, “sempre que alguém mostre fundado receio de que outrem cause lesão grave e dificilmente reparável ao seu direito, pode requerer a providência conservatória ou antecipatória concretamente adequada a assegurar a efetividade do direito ameaçado”.

Refira-se ainda que não se exige para o deferimento da providência que o tribunal pondere nos eventuais prejuízos que possam dela resultar. Em Processo Civil, não se decreta a providência se o dano que ela provocar ao requerido for maior que o prejuízo a que o requerente quer obstar (art. 387º, nº 2 do CPC)¹⁷¹.

São dois os efeitos que resultam do decretamento do procedimento cautelar em favor do locador: o locatário financeiro deve proceder de imediato à restituição do bem (art. 21º, nº 1, parte final do DL nº 149/95) e é atribuída a disponibilidade da coisa ao locador (arts. 21º, nº 6 e 7º do DL nº 149/95). Este último efeito não é imediato. Significa isto que o locador pode dispor da coisa, apesar de a sua situação jurídica não se encontrar em absoluto definida. Tutela-se deste modo o interesse patrimonial do locador.

É assim possível ao locador vender o bem ou dá-lo em locação ou locação financeira (art. 7º do DL nº 149/95). Naturalmente, o locatário pode interpor recurso da decisão que decretou a providência nos termos gerais, bem como pedir uma indemnização no caso de o locador deixar caducar a providência¹⁷².

Coloca-se agora a questão de saber se o locador pode deduzir embargos de terceiro, quer estejamos perante um contrato de locação financeira, quer estejamos diante de um contrato de locação financeira restituiva.

O art. 351º, nº 1 do CPC tem a seguinte redação: “se a penhora, ou qualquer ato judicialmente ordenado de apreensão ou entrega de bens, ofender a posse ou qualquer direito incompatível com a realização ou o âmbito da diligência, de que seja titular quem não é parte na causa, pode o lesado fazê-lo valer, deduzindo embargos de terceiro”.

Os embargos de terceiro, previstos e regulados nos arts. 351º e ss. do CPC, surgem consagrados como um meio de intervenção de terceiros, enquanto subespécie da oposição

170 FERNANDO DE GRAVATO MORAIS, *Manual da locação financeira*, ob. cit., p. 247.

171 *Idem*, p. 248.

172 *Idem*, pp. 248-249.

desde a reforma de 1995/96. Antes da reforma processual, estes embargos vinham regulados nos processos especiais do CPC (arts. 1037º e ss.) enquanto meio de oposição à penhora e de defesa da posse. Atualmente, os embargos de terceiro permitem a defesa de qualquer direito incompatível com a realização ou o âmbito da diligência – art. 351º, nº 1.

Sempre que a penhora ou um ato judicial de apreensão de bens (arresto) ofendam um direito de terceiro que é incompatível com essa diligência, esse terceiro pode intervir no processo a título de embargos de terceiro¹⁷³.

No âmbito de um contrato de locação financeira o locador financeiro pode deduzir embargos de terceiro contra a penhora da coisa locada em execução movida contra o locatário, já que mantém a titularidade da posse dos bens objeto do contrato, embora a exerça através do locatário¹⁷⁴. Aliás, o locador pode deduzir embargos de terceiro mesmo nos casos em que o contrato de locação financeira tenha sido resolvido unilateralmente¹⁷⁵.

Segundo Remédio Marques, já o locatário financeiro não pode deduzir embargos de terceiro quando os embargos se fundam exclusivamente na ofensa de um direito incompatível, já que este é somente titular do direito pessoal de gozo resultante da sua posição jurídica¹⁷⁶. No entanto, já é possível ao locatário embargar de terceiro desde que alegue a ofensa da posse do terceiro em nome de quem possui e desde que este não seja executado¹⁷⁷.

Por outro lado, estando em causa um contrato de locação financeira restitutiva, é admissível a dedução de embargos de terceiro pela sociedade de locação financeira contra a penhora do bem locado no âmbito de uma ação executiva movida contra o locatário, dado que se trata de um direito que não se extingue com a venda executiva do bem, assumindo, consequentemente, uma natureza incompatível e impeditiva quanto à realização dessa diligência¹⁷⁸.

173 JOÃO PAULO FERNANDES REMÉDIO MARQUES, *Curso de processo executivo comum à face do código revisto*, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 307-313.

174 MARCO CARVALHO GONÇALVES, *Embargos de terceiro na ação executiva*, Coimbra Editora, 2010, p. 230, nota 764. O autor ainda adianta que “sendo o locador financeiro possuidor em nome próprio em relação ao direito de propriedade sobre a coisa locada, este pode deduzir embargos de terceiro contra a penhora do bem locado em ação executiva movida contra o locatário, embora já não o possa fazer quando seja apenas penhorada a mera expectativa de aquisição” – *Embargos de terceiro na ação executiva*, *ob. cit.*, p. 230, nota 765.

175 *Idem*, p. 230, nota 766.

176 JOÃO PAULO FERNANDES REMÉDIO MARQUES, *Curso de processo executivo comum à face do código revisto*, *ob. cit.*, pp. 321-322.

177 *Idem*, pp. 329-331.

178 MARCO CARVALHO GONÇALVES, *Embargos de terceiro na ação executiva*, *ob. cit.*, p. 231. Ver ainda MARÍN LÓPEZ, “El arrendamiento financiero”, *ob. cit.*, pp. 1051-1052.

Declarada a insolvência do locador no âmbito de um contrato de locação financeira, o locatário poderá, caso já lhe tenha sido entregue o bem, exigir o cumprimento do contrato, onde se inclui o direito de adquirir o mesmo bem no termo do prazo (art. 104º, nº 1 e nº 2 do CIRE)¹⁷⁹.

Caso o locatário exija o cumprimento do contrato, o bem não poderá ser liquidado. A proteção conferida ao locatário financeiro por via do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas é bastante alargada, na medida em que lhe permite obstar à perda do bem no caso de declaração de insolvência da contraparte.

O locatário corre o risco de não vir a poder exercer o seu direito de compra do bem, que, estando integrado na massa insolvente (art. 46º, nº 1 do CIRE), poderá, escolhendo o administrador a recusa, vir a ser liquidado. Como tal, aplica-se o art. 104º do CIRE, com o intuito de proteger o locatário. A aquisição do bem está dependente do cumprimento de todas as obrigações por parte do locatário.

Se for declarada a insolvência do locatário¹⁸⁰ no decorrer de um contrato de locação financeira, o contrato mantém-se e caberá ao administrador optar entre o seu cumprimento e a recusa do cumprimento (art. 104º, nº 3 e nº 5 do CIRE)¹⁸¹. De notar que a verificação de qualquer dos fundamentos de declaração de insolvência do locatário constitui uma das causas específicas de resolução do contrato pelo locador (art. 18º, al. b) do DL nº 149/95).

No caso de optar pelo cumprimento, as rendas tornam-se dívidas da massa insolvente (art. 51º, nº 1, al. f) do CIRE). Decorrido o prazo contratual, o administrador poderá exercer o direito de compra do bem, mediante o pagamento do valor residual¹⁸².

Caso opte pela recusa do cumprimento, não haverá lugar à restituição das rendas já pagas (art. 102º, nº 3, al. a) do CIRE) e o locador adquirirá, para além do direito à restituição do bem, o eventual crédito decorrente do art. 102º, nº 3, al. c), por via do art. 104º, nº 5 do mesmo diploma, e, também, eventualmente, o direito a ser indemnizado (art. 102º, nº 3, al. d) do CIRE)¹⁸³. Luís Miguel Pestana de Vasconcelos refere que “dependendo do montante de rendas já pagas e do valor do bem na data da recusa de cumprimento (ambas necessárias para se

179 LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *A cessão de créditos em garantia e a insolvência/Em particular da posição do cessionário na insolvência do cedente*, ob. cit., p. 771.

180 O locatário financeiro encontra-se na posse da coisa. De referir que sendo o bem do locador, não se integra na massa insolvente.

181 LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *A cessão de créditos em garantia e a insolvência/Em particular da posição do cessionário na insolvência do cedente*, ob. cit., pp. 771-773.

182 *Idem*, pp. 775-776.

183 *Idem*, p. 776.

determinar o montante indenizatório), o locador encontra-se em regra numa posição confortável, sendo, também em regra, reduzido o crédito indenizatório”¹⁸⁴.

Contudo, a defesa do locador assenta na propriedade do bem, que não perde e que pode vender, obtendo, dessa forma, o parcial reembolso do capital investido na aquisição do mesmo bem no seio da locação financeira. O crédito indenizatório que persista é um crédito comum sujeito às limitações da massa, ou seja, a garantia que a propriedade confere será, por vezes (dependendo do valor de mercado do bem na data da recusa de cumprimento e do montante das rendas já pagas), incompleta¹⁸⁵.

O recurso ao direito de propriedade com função de garantia na locação financeira, embora confira uma proteção especialmente sólida, uma vez que o credor/locador é o proprietário do bem, será por vezes insuficiente, constituindo deste modo um meio de tutela incompleta¹⁸⁶.

Nos casos de declaração de insolvência do locador no âmbito de um contrato de locação financeira restitutiva, o locatário financeiro, porque fiduciante, poderá gozar da proteção do art. 1184º do CC, aplicado por analogia¹⁸⁷.

Consequentemente, o bem não faz parte da massa insolvente nem pode ser liquidado no seio do processo de insolvência. Neste casos não é aplicável a norma do art. 104º do CIRE pois a “outra parte, para além de ser um credor titular de um direito de propriedade em garantia, é, igualmente, um fiduciário, estando a posição do fiduciante, a reaquisição do bem, cumprindo as obrigações garantidas, assegurada por via do art. 1184º”¹⁸⁸. O locatário financeiro não carece da proteção do art. 104º do CIRE, a não ser nos casos em que se recuse a aplicação analógica do art. 1184º do CC. Por uma via, ou outra, a posição do locatário financeiro estará sempre assegurada.

A posição do locador, na eventualidade de ser declarada a insolvência do locatário no âmbito de um contrato de locação financeira restitutiva, já não será tão frágil. Neste caso, a propriedade do bem é adquirida ao próprio locatário e não a terceiro, exatamente para servir de garantia ao montante pelo qual o locador o adquire assim como os juros¹⁸⁹. Estes montantes serão pagos através das rendas e do valor residual.

184 *Idem*, p. 776.

185 *Idem*, p. 777.

186 *Idem*, p. 778.

187 *Idem*, p. 296.

188 *Idem*, p. 296.

189 *Idem*, p. 779.

O locador financeiro manterá sempre uma certa margem de segurança, através da compra do bem, que é, logo de seguida, dado em locação financeira ao vendedor, por um preço inferior ao seu valor de mercado. Ou seja, o locador financeiro poderá através do valor da venda desse bem que, em virtude da cessação do contrato (por resolução), deixa de estar obrigado a vender ao locatário caso este o quisesse decorrido o prazo contratual, ficar numa situação mais vantajosa do que aquela em que ele estaria caso o contrato tivesse sido integralmente cumprido¹⁹⁰. Recairá sobre o locador o dever de vender esse bem no mercado e restituir tudo o que recebeu em resultado dessa venda que exceda o necessário para ser colocado na posição em que estaria caso o contrato tivesse sido integralmente cumprido.

Declarada a insolvência do locatário no domínio da locação financeira repositiva, aplica-se o regime anteriormente visto para os casos de declaração de insolvência do mesmo sujeito no âmbito de um contrato de locação financeira, com as necessárias adaptações¹⁹¹.

Se o administrador optar pela recusa do cumprimento, a outra parte não poderá ter direito a qualquer indemnização de acordo com o critério fixado no art. 102º, nº 3, al. d) do CIRE, pois nestes casos, em resultado, quer da não restituição das rendas já pagas, quer do valor de mercado do bem nesse momento, a comparação das situações patrimoniais revelará uma vantagem para o credor¹⁹².

190 *Idem*, p. 779.

191 *Idem*, p. 780.

192 *Idem*, p. 780.

CAPÍTULO IV

NATUREZA JURÍDICA

Sumário: 1. Venda a retro. 2. Venda a prestações com reserva de propriedade. 3. Contrato de locação. 4. Posição adotada.

1. VENDA A RETRO

A nosso ver, há que esclarecer desde logo que a locação financeira restitutiva não pode ser configurada como uma venda a retro¹⁹³ (arts. 927º-933º do CC). Apesar dos dois institutos prosseguirem finalidades de financiamento, isto é, produzirem o mesmo resultado prático, são bem patentes as diferenças entre os dois institutos¹⁹⁴. No contrato de *sale and lease-back* o vendedor torna-se devedor da soma que recebeu, que vai restituir através de um processo de locação financeira, enquanto que na venda a retro o vendedor é credor do preço do bem que não terá, portanto, de restituir¹⁹⁵.

O bem que o locatário financeiro vendeu ao locador financeiro vai sendo pago com os juros, pelas rendas e pelo valor residual do bem, findo o contrato. As rendas são calculadas por forma a fracionar parte do crédito atribuído ao locatário financeiro, através do preço de compra da coisa, pelos meses pelos quais vigora o contrato, sendo aí também incluídos, os juros e

193 A venda a retro consiste na “venda em que se reconhece ao vendedor a faculdade de resolver o contrato” (art. 927º do CC). LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS refere que “o elemento distintivo desta modalidade de venda consiste na atribuição ao vendedor do direito de discricionariamente, dentro do condicionalismo fixado pela lei, por negócio jurídico unilateral, extinguir o contrato, resolvendo-o, e, em consequência, readquirir a propriedade da coisa (ou outro direito, como se verá) vendida nestes termos” – “A venda a retro como instrumento de concessão de crédito garantido. Do Direito Civil ao Direito Bancário”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, IV, 2007, p. 226.

194 ANA FILIPA MORAIS ANTUNES faz referência a estes dois institutos para reafirmar a validade do contrato de locação financeira restitutiva. Prosseguindo os dois institutos a mesma finalidade, não se vê como se possa atacar o contrato de locação financeira restitutiva e admitir, simultaneamente, a validade da venda com cláusula a retro – *O contrato de locação financeira restitutiva: do diálogo difícil com a proibição legal do pacto comissório*, ob. cit., p. 54.

195 DIOGO LEITE DE CAMPOS, “Nota sobre a admissibilidade da locação financeira restitutiva («lease-back») no direito português”, ob. cit., p. 781.

outras despesas¹⁹⁶. Por outro lado, na venda a retro com fim de crédito e garantia, a situação é bem diversa. O valor do capital emprestado, entregue como preço, é restituído só, e na integralidade, no momento da resolução do contrato pelo vendedor, sem poder ser acompanhado do pagamento de juros ou de qualquer outra vantagem para o comprador¹⁹⁷.

Acresce que na venda a retro, o vendedor pretende ter a possibilidade de vir a reaver o bem que vendeu. Já na locação financeira restitutiva, o vendedor pretende poder continuar a usar um dado bem: o bem que vendeu e que lhe é dado em locação financeira – art. 1º do DL nº 149/95¹⁹⁸. O locatário mantém, como se sabe, o gozo da coisa, ao passo que na venda a retro tal não se verificará, a não ser que seja celebrado um outro contrato juntamente com a venda que permita ao vendedor deter a coisa (p. ex., comodato)¹⁹⁹.

Por fim, na venda a retro a reaquisição do bem é realizada através da extinção do próprio contrato, enquanto que na locação financeira restitutiva decorre do exercício do direito de compra decorrente desse mesmo negócio, pelo valor residual²⁰⁰.

Concluindo, estas operações são bastante diversas, quer do ponto de vista estrutural, quer quanto aos resultados económicos que são atingidos. No entanto, deve dizer-se que têm em comum o facto de se tratarem de negócios de crédito e garantia, sendo esta constituída para titularidade de um bem que o creditado/garante transmite ao creditante/garantido²⁰¹.

2. VENDA A PRESTAÇÕES COM RESERVA DE PROPRIEDADE

Prosseguindo, a locação financeira restitutiva não configura igualmente uma venda a prestações com reserva de propriedade (art. 934º do CC).

Se a compra e venda a prestações com reserva de propriedade tem como objeto um dado bem, o *lease-back* tem como objeto o uso de um bem²⁰².

196 LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, “A venda a retro como instrumento de concessão de crédito garantido. Do Direito Civil ao Direito Bancário”, *ob. cit.*, p. 244.

197 *Idem*, p. 244.

198 ISABEL ANDRADE DE MATOS, *O Pacto Comissório: Contributo para o estudo do âmbito da sua proteção*, *ob. cit.*, p. 199.

199 LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *A cessão de créditos em garantia e a insolvência/Em particular da posição do cessionário na insolvência do cedente*, *ob. cit.*, p. 288.

200 LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, “A venda a retro como instrumento de concessão de crédito garantido. Do Direito Civil ao Direito Bancário”, *ob. cit.*, p. 245.

201 *Idem*, p. 245.

202 ISABEL ANDRADE DE MATOS, *O Pacto Comissório: Contributo para o estudo do âmbito da sua proteção*, *ob. cit.*, p. 198.

Ademais, na locação financeira restitutiva a propriedade só se transfere do locador para o locatário depois de exercido o direito de opção de compra no final do contrato e uma vez pago o correspondente valor residual (art. 1º do DL nº 149/95). Ao invés, na venda a prestações com reserva de propriedade, como é sabido, a transmissão da propriedade do bem opera automaticamente aquando do pagamento da última prestação – art. 934º do CC²⁰³.

3. CONTRATO DE LOCAÇÃO

O *sale and lease-back* não se confunde da mesma forma com o contrato de locação (arts. 1022º e ss. do CC). Na locação, o locador pretende retirar o maior rendimento possível de um dado bem, enquanto que na locação financeira restitutiva, o locador não quer fruir do bem, mas conceder um financiamento e garantir o retorno do seu investimento²⁰⁴.

É por esse motivo que a manutenção do bem compete ao locatário financeiro, no caso de locação financeira restitutiva, mas pertence ao locador numa situação de locação pura e simples (arts. 1031º, al. b) e 1036º do CC). É também por essa razão que, na locação financeira restitutiva, o risco de perecimento ou deterioração do bem corre por conta do locatário financeiro. Porém, no contrato de locação tal risco corre por conta do locador, nos termos gerais²⁰⁵. O regime jurídico da locação financeira é assim perfeitamente aplicável ao contrato de *lease-back*, com os necessários ajustes.

4. POSIÇÃO ADOPTADA

O contrato de locação financeira restitutiva traduz-se, isso sim, numa coligação de dois contratos: um contrato de compra e venda e um contrato de locação financeira. Estes contratos são, deste modo, estruturalmente independentes, mas encontram-se ligados por um nexo funcional.

Na doutrina, Diogo Leite de Campos entende que “o chamado *sale and lease-back*, enquanto operação bancária complexa, oculta uma junção de contratos” – o de compra e venda

203 *Idem*, p. 198.

204 *Idem*, pp. 199-200.

205 *Idem*, p. 200.

e o de crédito (locação financeira pura e simples) – “estruturalmente independentes”, embora “ligados por um nexo funcional”²⁰⁶.

Alguém vende um dado bem a outrem, que o adquire para ceder o gozo temporário do mesmo, contra retribuição, ao primeiro sujeito. Tais contratos são estruturalmente independentes, mas encontram-se ligados por um nexo funcional, na medida em que cada um dos contratos funciona como causa (motivo) do outro. O comprador só adquire o bem para o dar em locação financeira ao vendedor, mas também só o dá em locação financeira por o ter adquirido. Do mesmo modo, o vendedor só o aliena ao comprador para poder receber esse bem em locação financeira e só o recebe em locação financeira por ter alienado esse mesmo bem²⁰⁷.

A locação financeira restitutiva apresenta-se como uma união de contratos: um contrato de compra e venda e um contrato de locação financeira. Estes contratos não perdem a sua individualidade, apesar de se encontrarem ligados entre si por um nexo funcional.

206 DIOGO LEITE DE CAMPOS, “Nota sobre a admissibilidade da locação financeira restitutiva (*«lease-back»*) no direito português”, *ob. cit.*, p. 793. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA refere que “o contrato misto – em que há um só contrato, embora reunindo elementos de duas ou mais espécies contratuais típicas – não se confunde com a junção, união ou coligação de contratos”, pois “neste caso, trata-se de dois ou mais contratos entre si ligados de alguma maneira, todavia sem prejuízo da individualidade própria que subsiste” – *Direito das Obrigações*, Coimbra, Almedina, 2001 (9ª edição revista e aumentada), p. 342. MATILDE PACHECO CAÑETE classifica o contrato de *lease-back* como sendo um contrato autónomo que não pode ser enquadrado em nenhuma das modalidades contratuais típicas existentes no ordenamento jurídico espanhol. Este contrato é admitido ao abrigo do princípio da autonomia privada e só poderá ser considerado inválido nos casos em que se prove que a intenção das partes foi a de contornar a proibição do pacto comissório – *El contrato de lease-back*, *ob. cit.*, pp. 90-91. ROSANNA DE NICTOLIS refere que estamos diante de um contrato atípico – *Nuove garanzie personali e reali*, *ob. cit.*, pp. 453-454.

207 ISABEL ANDRADE DE MATOS, *O Pacto Comissório: Contributo para o estudo do âmbito da sua proteção*, *ob. cit.*, p. 197.

CONCLUSÕES

I. O contrato de locação financeira restitutiva surge quando o proprietário de um bem transfere a propriedade para uma sociedade de locação financeira, a qual, por sua vez, cede esse bem em regime de locação financeira ao anterior proprietário. Os primeiros contratos de *leasing* a ser celebrados foram contratos de *lease-back*. A locação financeira restitutiva constitui a forma mais antiga de locação financeira, a que está na origem do instituto. Este modelo contratual surgiu nos Estados Unidos da América na primeira metade do séc. XX. Esta realidade expandiu-se pela Europa, nomeadamente no Reino Unido, na Alemanha e na França.

II. Este contrato não tem consagração legal expressa no nosso ordenamento jurídico. Trata-se de um contrato legalmente atípico, mas dotado de tipicidade social. Associam-se a este esquema negocial importantes vantagens do ponto de vista das exigências e necessidades empresariais, tais como: a facilidade na obtenção de liquidez, a criação de mais valias e de novos recursos financeiros, a manutenção da organização produtiva, a disponibilidade material de um bem que será possível readquirir no final do contrato e o financiamento de novas operações. É um instrumento contratual que permite o relançamento de uma dada empresa em tempos de crise.

III. Em Portugal, a locação financeira só veio a ser admitida e regulada no final da década de 70. O primeiro diploma sobre a matéria remonta a 1979: falamos do Decreto-Lei n° 171/79, de 6 de Junho, que dispunha acerca do regime jurídico da locação financeira. Em paralelo, foi consagrado um regime jurídico específico para as sociedades de locação financeira: o Decreto-Lei n° 135/79, de 18 de Maio. Nos restantes ordenamentos jurídicos europeus não existe uma disciplina jurídica completa relativa à locação financeira, mas tão só normas avulsas e dispersas. Mais tarde surgiu o Decreto-Lei n° 149/95, de 24 de Junho, que revogou o Decreto-Lei n° 171/79.

IV. Quer o Decreto-Lei nº 171/79, quer o Decreto-Lei nº 135/79, não admitiam nem proibiam expressamente o contrato de *lease-back*. Contudo, no preâmbulo daquele diploma o legislador utilizava expressões que indiciavam a admissibilidade da locação financeira restitutiva. O Decreto-Lei nº 149/95 também não admite nem proíbe expressamente o *lease-back*. No entanto, tal diploma não parece impedir a celebração de contratos de locação financeira restitutiva. Da leitura do art. 1º deste diploma não resulta a proibição de que o bem que vai ser cedido em locação financeira seja adquirido ao futuro locatário.

V. A proibição do pacto comissório tem sido o argumento decisivo para afastar a validade do contrato de locação financeira restitutiva. São três as razões que justificam a proibição legal do pacto comissório: a proteção do devedor, perspectivado como a parte mais débil da relação contratual, contra os abusos por parte do credor, a preservação do sistema de garantia das obrigações e a garantia do princípio da igualdade dos credores. A norma do art. 694º é suscetível de ser estendida a todas as situações em que se prove que as partes, sob a cobertura de outros negócios jurídicos (típicos ou atípicos), para além dos que são objeto da proibição legal (hipoteca, consignação de rendimentos e penhor), pretenderam atingir um resultado semelhante ao que é proibido por lei. A norma legal será aplicável fora das hipóteses expressamente contempladas na lei sempre que as partes se socorrerem de um determinado esquema negocial (típico ou atípico) com a finalidade primária de constituir uma garantia real de um direito de crédito, contornando deste modo a proibição legal do pacto comissório.

VI. Por via de regra, o propósito das partes na celebração de um contrato de locação financeira restitutiva não é o de contornar a proibição legal do pacto comissório. O contrato de *lease-back* não é proibido pelas normas que vedam a estipulação do pacto comissório. Este contrato é perfeitamente válido na nossa ordem jurídica a não ser que seja celebrado em desconformidade com a lei, a ordem pública ou os bons costumes. Não é descabido pensar que as partes poderão fazer um uso anómalo desta figura, fintando assim a proibição do pacto comissório. Constituirão índices da utilização do contrato de *lease-back* para um fim ilícito: a preexistência de uma relação negocial entre as partes envolvidas na celebração do contrato, a circunstância do vendedor/locatário se encontrar numa situação de grave dificuldade financeira e o facto da posição do locador ser ocupada por uma pessoa que não exerce com carácter de habitualidade a atividade de locação financeira, entre outros. O contrato de *lease-back* deverá ser

considerado inválido por fraude à lei (com a consequente sanção de nulidade), sempre que as partes o instrumentalizem no sentido de contornar a proibição do pacto comissório.

VII. À semelhança do que ocorre no contrato de locação financeira, também serão devidas indenizações no caso de qualquer uma das partes envolvidas na celebração do contrato de *lease-back* não cumprir com os seus deveres (não pagamento da renda, não entrega do bem findo contrato e quando não tenha sido exercido o direito de opção de compra) ou agir em desconformidade com a lei ou os bons costumes (inclusão de cláusulas manifestamente excessivas e desproporcionadas aos danos a ressarcir nos contratos de *lease-back*). O regime jurídico da locação financeira aplica-se, com as necessárias adaptações, ao contrato de *lease-back*. Contudo, o Decreto-Lei nº 149/95 será perfeitamente aplicável ao contrato de locação financeira repositiva no qual participem três sujeitos: locador, locatário e construtor/empreiteiro. Esta nova forma de *lease-back* contrasta com a tradicional relação bilateral que se estabelece neste tipo de contratos. Nesta nova hipótese de locação financeira repositiva, o vendedor/futuro locatário aliena um terreno ao comprador/futuro locador que por sua vez, se compromete a financiar a construção de um imóvel nesse mesmo terreno que será dado em locação financeira ao locatário. A obra ficará a cargo de um empreiteiro e será realizada segundo as especificações do futuro locatário. De referir que é o locatário quem suporta o risco de perda ou de deterioração da coisa, à imagem do que passa na tradicional locação financeira.

VIII. No fim do período de duração do negócio, o locatário terá à sua disposição três opções: ou adquire a coisa por preço determinado, ou cessa o contrato, devendo restituir o bem ao locador ou promove a prorrogação do negócio. No art. 21º do DL nº 149/95 consagra-se a providência cautelar de entrega judicial que permite ao locador recuperar o bem nos casos de extinção do contrato por resolução ou pelo decurso do prazo. O locatário deve proceder de imediato à restituição do bem ao locador no caso de não exercer o direito de compra. Num contrato de *lease-back*, a sociedade locadora está legitimada a deduzir embargos de terceiro contra a penhora do bem locado no âmbito de uma ação executiva movida contra o locatário. Nos casos de declaração de insolvência do locador no decorrer de um contrato de *lease-back*, o locatário encontra-se protegido por via do art. 1184º do CC. Na hipótese de ser declarada a insolvência do locatário no âmbito de um contrato de locação financeira repositiva, o locador não terá direito a qualquer indemnização, visto encontrar-se numa situação bastante favorável. Em

relação à natureza jurídica da locação financeira repositiva, podemos afirmar que estamos na presença de uma junção, união ou coligação de contratos.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, José Carlos Moitinho de

- “A Locação Financeira (leasing)”, *in Boletim do Ministério da Justiça*, nº 231, 1973;

ANDRADE, Manuel Augusto Domingues de

- *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, Coimbra, Almedina, 1998 (reimpressão);

ANTUNES, Ana Filipa Morais

- *O contrato de locação financeira restitutiva: do diálogo difícil com a proibição legal do pacto comissório*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2008;

CAMPOS, Diogo Leite de

- “Nota sobre a admissibilidade da locação financeira restitutiva («lease-back») no direito português”, *in Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 42, Lisboa, 1982;
- “A locação financeira na ótica do utente”, *in Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 43, Lisboa, 1983;
- “O sale and lease-back: estrutura e função”, *in Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Mário da Silva Pereira*, Rio de Janeiro, 1984;
- “Ensaio de análise tipológica do contrato de locação financeira”, *in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1987;
- *A locação financeira*, Lisboa, Lex, 1994;

CAMPOS, Luis Fernando Reglero

- “Ejecución de las garantías reales mobiliarias e interdicción del pacto comisorio”, *in Tratado de las garantías en la contratación mercantil*, T. II (Garantías reales), vol. I (garantías mobiliarias), Madrid, Editorial Civitas, 1996

CAÑETE, Matilde Pacheco

- *El contrato de lease-back*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., 2004;

CIAN, Giorgio; TRABUCCHI, Alberto

- *Commentario breve al Codice Civile*, Padova, Cedam, 1997 (5ª edição);

COSTA, Mário Júlio de Almeida

- *Direito das Obrigações*, Coimbra, Almedina, 2001 (9ª edição revista e aumentada);
- CRICENTI, Giuseppe
- *I contratti in frode alla legge*, Il Diritto Privato Oggi, Serie a cura di Paolo Cendon, Milano, Giuffrè, 1996;
- DUARTE, Rui Pinto
- *Escritos sobre Leasing e Factoring*, Cascais, Principia, 2001;
 - *Curso de Direitos Reais*, Estoril, Principia, 2007;
- GARNICA, María del Carmen Garcia
- *El régimen jurídico del leasing financiero inmobiliario en España*, Navarra, Editorial Aranzadi, S.A., 2001;
- GOMES, Manuel Januário da Costa
- *Assunção fidejussória de dívida: Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Coimbra, Almedina, 2000;
- GONÇALVES, Marco Carvalho
- *Embargos de terceiro na ação executiva*, Coimbra Editora, 2010;
- HÖRSTER, Heinrich Ewald
- *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria geral do direito civil*, Coimbra, Almedina, 1992;
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes
- *Garantias das obrigações*, Coimbra, Almedina, 2008 (2ª edição);
- LOJACONO, Vincenzo
- *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milano, Giuffrè, 1952;
- LÓPEZ, Manuel Jesús Marín
- “El arrendamiento financiero”, in *Tratado de los Derechos de Garantía*, Navarra, 2002;
- LUMINOSO, Angelo
- Lease Back e Divieto del Patto Commissorio, disponível em <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/5065.pdf>;
- MARQUES, João Paulo Fernandes Remédio
- *Curso de processo executivo comum à face do código revisto*, Coimbra, Almedina, 2000;

- “Locação financeira repositiva (*sale and lease-back*) e a proibição dos pactos comissórios – negócio fiduciário, mútuo e ação executiva”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 77, Coimbra, 2001;

MARTINEZ, Pedro Romano

- *Contratos Comerciais*, Cascais, Principia, 2001;

MARTINEZ, Pedro Romano; PONTE, Pedro Fuzeta da

- *Garantias de cumprimento*, Coimbra, Almedina, 2002;

MATOS, Isabel Andrade de

- *O Pacto Comissório: Contributo para o estudo do âmbito da sua proteção*, Coimbra, Almedina, 2006;

MORAIS, Fernando de Gravato

- *Manual da Locação Financeira*, Coimbra, Almedina, 2011 (2ª edição);

MUNARI, Alessandro

- “Il leasing finanziario nella teoria dei crediti di scopo”, in *Collana “Studi di diritto privato” della Facoltà di Giurisprudenza dell’ Università degli studi di Milano*, Milano, Giuffrè Ed., 1989;

NICTOLIS, Rosanna de

- “Nuove garanzie personali e reali: garantievertrag: fideiussione omnibus, lettere di patronage, sale-lease-back”, in *«Enciclopedia»*, Collana diretta da Paolo Cendon, Padova, Cedam, 1998;

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto

- *Cláusulas acessórias ao contrato: cláusulas de exclusão e de limitação do dever de indemnizar e cláusulas penais*, Coimbra, Almedina, 2005 (2ª edição);

PARLEANI, Gilbert

- “Le contrat de lease-back”, in *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 1973;

PINTO, Carlos Alberto da Mota

- “Uma nova modalidade jurídica de financiamento industrial: o leasing”, in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano XII, nº 3, Julho-Setembro, 1965;
- *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005 (4ª edição);

ROPPO, Enzo

- “La responsabilità patrimoniale del debitore”, in *Trattato di Diritto Privato, diretto da Pietro Rescigno*, 19, T. I – Tutela dei Diritti –, Torino, Utet, 1986;

SILVA, João Calvão da

- “Locação financeira e garantia bancária”, in *Estudos de Direito Comercial (Pareceres)*, Coimbra, Almedina, 1999;

TRIOLA, Roberto

- “Vendita con patto di riscatto e divieto del patto commissorio”, in *Giustizia Civile*, vol. I, 1988;

ULPH, Janet

- Sale and Lease-Back Agreements in a World of Title Relativity: Michael Gerson (Leasing) v Wilkinson and State Securities Ltd, in *The Modern Law Review*, vol. 64, nº 3, Blackwell Publishers, May 2001;

VARELA, João de Matos Antunes; GOMES, Orlando

- *Direito Económico*, S. Paulo, Saraiva Editora, 1977;

VARELA, João de Matos Antunes

- *Das Obrigações em Geral*, vol. I, Coimbra, Almedina, 1998 (9ª edição revista e atualizada);
- *Das Obrigações em Geral*, vol. II, Coimbra, Almedina, 1997 (7ª edição revista e atualizada);

VASCONCELOS, Duarte Vieira Pestana de

- “A locação financeira”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 45, Lisboa, 1985;

VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de

- “A venda a retro como instrumento de concessão de crédito garantido. Do Direito Civil ao Direito Bancário”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, IV, 2007;
- *A cessão de créditos em garantia e a insolvência/ Em particular da posição do cessionário na insolvência do cedente*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007;
- *Direito das Garantias*, Coimbra, Almedina, 2011

VASCONCELOS, Pedro Pais de

- *Contratos Atípicos*, Coimbra, Almedina, 1995;

VISALLI, Nicolò

- “La problematica del leasing finanziario come tipo contrattuale”, in *Rivista di Diritto Civile*, Parte II, 2000;